

O
Ombudsman

Rapport de l'Ombudsman

« Piratage de notre propriété »

**Enquête sur le manquement apparent
de coopération de la Ville d'Oshawa**

**André Marin
Ombudsman de l'Ontario
Avril 2009**

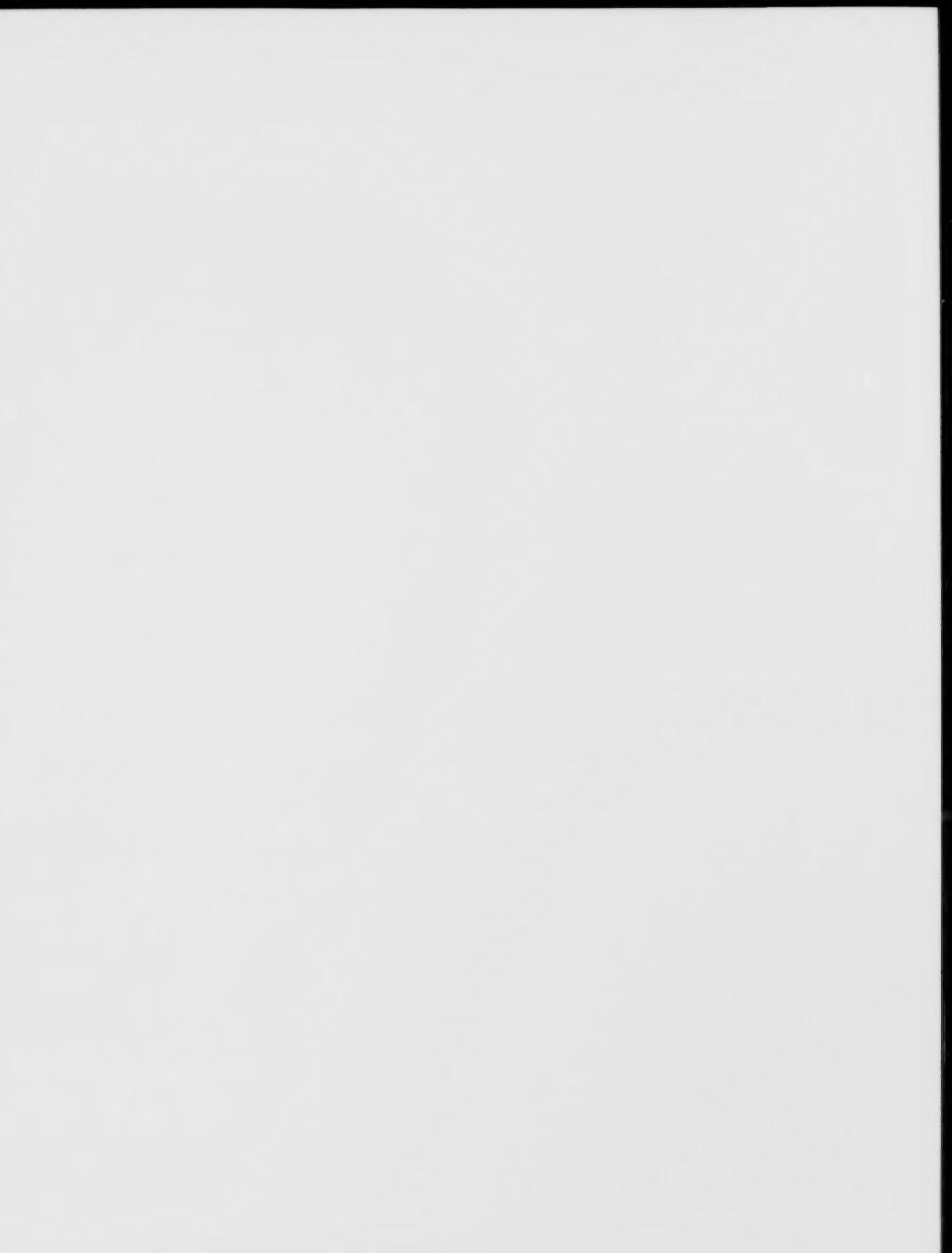


Table des matières

| | |
|---|----|
| Aperçu | 1 |
| L'enquête | 4 |
| Le pouvoir de compétence de l'Ombudsman | 4 |
| Le processus d'enquête | 7 |
| Les conclusions de l'enquête | 7 |
| Le contexte statutaire pertinent | 7 |
| La « lutte à la corde » pour notre Rapport préliminaire | 9 |
| Pourquoi j'ai décidé d'achever l'enquête | 23 |
| L'analyse des conclusions de l'enquête | 25 |
| La violation des obligations relativement au Rapport préliminaire | 26 |
| Les violations relatives au dossier distinct et à la non-copie | 27 |
| Le manquement à renvoyer le Rapport préliminaire et ses copies | 27 |
| Le manquement à coopérer à l'enquête d'inconduite | 32 |
| Pourquoi tout ceci est-il important? | 32 |
| Opinion | 33 |
| Recommandation | 34 |
| Observation formelle | 34 |
| Réponse de la Ville d'Oshawa, 24 avril 2009 | 35 |



Aperçu

- 1** La Ville d'Oshawa a rompu une estimable tradition – une tradition de coopération et de conformité que les autorités gouvernementales suivent avec le Bureau de l'Ombudsman depuis plus de 30 ans. Mécontents du Rapport final que nous avons émis en réponse à une plainte sur une réunion à huis clos, les représentants de la Ville d'Oshawa ont choisi la confrontation, plutôt que la coopération et le respect des obligations. Ils ont gardé en otage l'un de nos documents confidentiels. La Ville d'Oshawa refuse de nous rendre le Rapport préliminaire que nous lui avions prêté en lui faisant clairement comprendre que ce Rapport préliminaire ne devait pas être versé aux dossiers de la Ville, pas être reproduit, rendu public ou conservé par elle. Ces conditions que nous lui avions imposées sont celles que nous émettons habituellement. En vertu de la loi, nous sommes tenus de protéger les renseignements des témoins, dans l'attente de la parution d'un rapport final. Mais nous devons aussi donner un droit de réponse à l'autorité gouvernementale visée par l'enquête, avant d'émettre un rapport adverse et des recommandations. Le protocole de confidentialité sur lequel nous comptions dans ce cas nous permet d'équilibrer ces objectifs.
- 2** Le maire d'Oshawa, Son Honneur John Gray, a eu connaissance des conditions de confidentialité et les a comprises avant l'envoi de notre Rapport préliminaire à sa municipalité. Avant de lui faire parvenir notre Rapport, notre enquêteuse l'a avisé de ces conditions et le maire n'y a fait aucune objection. Quand ce document lui a été remis, il était accompagné d'une lettre de couverture dans laquelle j'énonçais les conditions données. Le Rapport préliminaire a été accepté sans protestation et sans réserve. Il a été utile aux dirigeants de la Ville, qui ont eu la possibilité de nous préconiser des changements. Nous avons été d'accord avec certaines de leurs suggestions et avons modifié notre Rapport final en conséquence. Pourtant, le document final a déplu à certains dirigeants de la Ville. Alors, ils ont piraté le Rapport préliminaire. Ils ont menacé de le rendre public et ils ont refusé de nous le renvoyer. Face aux demandes que nous leur avons faites pour le récupérer, ils ont avancé des arguments changeants et faciles, pouvant être discrédités, pour dire qu'ils étaient dans l'impossibilité juridique de le faire. Et comble d'offense, ils nous ont mis au défi de recourir au litige pour sortir de l'impasse, au lieu de respecter leurs obligations en vertu de la *Loi sur l'ombudsman*.
- 3** Le premier argument avancé par l'avocat de la Ville, M. David Potts, était le suivant : la Ville risquait d'enfreindre la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée (LAIMPVP)* si elle nous renvoyait ce Rapport préliminaire. Quand nous avons obtenu l'opinion de la Commissaire à

l'information et à la protection de la vie privée, disant qu'il n'en était rien, M. Potts a changé de théorie. Il affirme maintenant que le retour de ce document contreviendrait aux obligations de rétention des documents énoncées par la *Loi de 2001 sur les municipalités*, ainsi que celles du règlement municipal de la Ville à ce sujet. Auparavant, ces dispositions étaient restées tout à fait en arrière-plan dans les discussions, mais quand la bulle de la *LAIMPVP* démesurément grossie par Oshawa a éclaté, la municipalité a fait d'elles ses arguments de refuge.

- 4 L'affirmation avancée par Oshawa, disant que ces textes de loi lui interdisent de nous remettre ce Rapport préliminaire, est tout simplement absurde. Elle exigerait qu'on considère que la *Loi de 2001 sur les municipalités* donne un sens plus large au terme « document », dans ses obligations de rétention, que ne le fait la *LAIMPVP*. Ceci serait aussi oublier le fait que la Ville d'Oshawa a accepté de nous rendre ce Rapport préliminaire quand elle l'a accepté avec les conditions imposées. Et ceci exigerait l'acceptation d'une proposition intenable selon laquelle la propriété et le contrôle de tout document remis à un dirigeant municipal, lu par lui ou utilisé par lui, s'en trouvent modifiés – quels que soient les arrangements faits lors de sa remise. Pourtant, c'est cette position désespérée que la Ville d'Oshawa maintient actuellement pour justifier son intransigeance persistante.
- 5 Les changements de position de la Ville d'Oshawa pour expliquer son non-respect de nos conditions n'est pas le seul facteur indiquant que ses arguments juridiques sont tout simplement des moyens instrumentaux de justifier un refus de conformité. À un moment donné, M. Potts a suggéré que nos conditions de confidentialité étaient sans validité car nous aurions dû en informer le maire avant de lui envoyer notre Rapport préliminaire. Quand nous l'avons avisé que nous l'avions fait, le fait que le maire soit informé de nos conditions et y acquiesce a perdu sa pertinence.
- 6 Au cours de nos échanges avec la Ville d'Oshawa, nous avons appris que le non-renvoi de notre document n'était pas la seule condition non violée. La Ville avait aussi manqué à l'obligation acceptée par elle de conserver le Rapport préliminaire dans un dossier séparé pour qu'il reste la propriété de l'Ombudsman et ne soit pas classé parmi les dossiers de la Ville. De plus, nous avons découvert que la Ville avait fait plusieurs copies de ce Rapport préliminaire, qu'elle avait fait circuler, contrairement aux conditions clairement imposées par nous. Comme elle avait trouvé ces restrictions gênantes, la Ville avait tout simplement décidé de les ignorer. Ce faisant, les dirigeants de la Ville ont manqué à l'engagement implicite pris par le maire Gray quand il avait accepté notre document, sachant quelles conditions y étaient attachées. De plus, en ayant suprêmement ignoré ces conditions parce qu'elles leur déplaisaient, les dirigeants de la Ville ont montré une parfaite indifférence ou un oubli complet pour le fait que la procédure établie par nous afin

de protéger la confidentialité de nos rapports préliminaires est légalement autorisée en vertu de l'article 15 (3) de la *Loi sur l'ombudsman*, et que les autorités gouvernementales sont légalement tenues de coopérer avec mes exigences et instructions licites. Tous ces points sont parus sans importance à la Ville d'Oshawa.

- 7 Quand nous avons tenté de recourir à notre pouvoir de compétence pour protéger l'intégrité de nos procédures en ouvrant une enquête sur le manquement apparent de la Ville d'Oshawa à s'acquitter de son obligation de coopérer avec notre enquête, la municipalité a remis en question notre champ de compétence en avançant des arguments qui ne tenaient pas debout.
- 8 Comme nous ne pouvons pas laisser passer ceci sans rien faire, la Ville d'Oshawa nous a laissé uniquement deux vraies options. Nous pouvons gaspiller les ressources publiques, ignorer notre éthos et notre raison d'être qui nous enjoignent de régler informellement et efficacement les problèmes, et entreprendre un litige en Cour divisionnaire à l'invitation de la Ville d'Oshawa (processus très coûteux pour les contribuables, qui peut durer des mois, voire des années). Ou bien nous pouvons rester fidèles à notre mission et faire comme nous le préferons – à savoir enquêter, présenter un rapport et compter sur la persuasion morale. Nous avons opté pour cette deuxième solution, car je peux en arriver aux conclusions nécessaires d'enquête à partir des éléments existants. Inutile pour moi d'ouvrir un litige en cour pour présenter ce rapport.
- 9 Voici donc mon rapport d'enquête sur l'apparente non-coopération de la Ville d'Oshawa. Dans ce rapport, je conclus que la Ville a intentionnellement manqué à son obligation de se conformer aux demandes licites présentées durant une enquête et qu'elle a fait obstruction à cette enquête.
- 10 La conduite de la Ville qui m'a mené à ces conclusions est profondément alarmante. Le Bureau de l'Ombudsman mène des activités d'une grande valeur pour les Ontariens, mais il est vulnérable à ce genre de comportement. Nous nous trouverions vite dans l'impossibilité de travailler si les autorités gouvernementales optaient pour les jeux d'avocats et pour la résistance auxquels nous nous sommes heurtés dans cette affaire. Notre Bureau perdrat toute efficacité. Nous ne pouvons pas laisser cela se produire.
- 11 Ce qu'il y a de particulièrement irritant dans cette affaire, c'est que la Ville d'Oshawa nous a invités à travailler avec elle. Généralement, les municipalités échappent à mon champ de compétence. La seule exception est celle des réunions à huis clos, et même là les municipalités peuvent choisir de ne pas relever de mon pouvoir de compétence en désignant leur propre enquêteur sur les plaintes à ce

sujet. Elles peuvent même déterminer les processus suivis par leur enquêteur respectif. Toutefois, pour bénéficier de nos services gratuits, la Ville d'Oshawa a décidé de reconnaître notre compétence juridictionnelle et d'accepter l'Ombudsman de l'Ontario comme son chien de garde pour les réunions ouvertes au public. Maintenant, elle agit comme si elle souhaitait avoir un chien de garde édenté, sans mordant, qui peut être ignoré. Mais la Ville d'Oshawa ne peut pas avoir les deux. Elle ne peut pas m'autoriser à intervenir, puis décider d'ignorer les pouvoirs et les procédures licites de mon Bureau. Si la Ville d'Oshawa veut un chien de garde édenté, elle devrait s'en donner un par un règlement municipal. J'ai bien trop de respect pour ce Bureau pour ne pas agir, laissant la Ville d'Oshawa nous inviter en tant qu'enquêteur puis manquer de respect à nos procédures essentielles. Toute cette situation regrettable a jeté le discrédit sur certains dirigeants de la Ville.

L'enquête

12 J'ai entrepris cette enquête « de ma propre initiative », en vertu de l'article 14 (2) de la *Loi sur l'ombudsman*. Je l'ai fait en raison des événements qui ont entouré l'enquête menée par mon Bureau sur une « réunion à huis clos », à la suite d'une plainte déposée le 11 juin 2008. Cette plainte alléguait que le Comité des services de développement de la Ville d'Oshawa avait tenu une « réunion spéciale » à huis clos, contrairement à la règle, le 22 mai 2008 – réunion qui aurait dû être ouverte au public. Nous avons alors enquêté à ce sujet et, fidèles à nos pratiques, nous avons remis un Rapport préliminaire à la Ville d'Oshawa. Nous le lui avons transmis confidentiellement, à condition que ce document soit conservé dans son propre dossier, ne soit ni copié, ni marqué et qu'il nous soit retourné. L'enquête actuelle vise à déterminer si la Ville d'Oshawa a manqué à ses obligations de coopérer avec l'Ombudsman dans la manière dont elle a traité ce Rapport préliminaire. Quant à la plainte sur la réunion à huis clos, mon Rapport final d'enquête a été remis à la Ville d'Oshawa le 24 mars 2009. En vertu de la *Loi de 2001 sur les municipalités*, la Ville est tenue de le rendre public.

Le pouvoir de compétence de l'Ombudsman

13 Le Bureau de l'Ombudsman a le pouvoir d'enquêter sur le manquement apparent de coopération des organisations gouvernementales ou des agents gouvernementaux lors de ses enquêtes. Le Bureau de l'Ombudsman ne joue pas alors erronément le rôle d'un juge dans propre cause. Un Ombudsman n'est pas un

juge. En tant qu'Ombudsman, je ne peux *imposer* aucune sanction. Je présente des rapports avec des conclusions, pour que d'autres puissent prendre des mesures d'action pertinentes s'ils sont persuadés de le faire. Affirmer que je ne peux pas identifier, confirmer et signaler un manque de coopération au cours de mes enquêtes reviendrait à dire que l'Ombudsman doit référer toutes les allégations de non-coopération à la police, pour d'éventuelles poursuites en vertu de l'article 27 de la *Loi sur l'ombudsman*. Ceci entraînerait un processus d'escalade inutile et irait à l'encontre de l'éthos de règlement informel des problèmes stipulé par la *Loi sur l'ombudsman*. Maintenir que je ne peux pas enquêter sur un manque apparent de coopération au cours de mes enquêtes reviendrait à interpréter cette loi de manière absurde. Le fait que le sujet d'une enquête influe sur la manière dont certains traitent avec mon Bureau ne m'enlève en rien mon pouvoir de compétence, j'en suis convaincu.

14 Cette enquête est une enquête de « ma propre initiative ». Je n'ai pas reçu de plainte externe disant que la Ville d'Oshawa n'avait pas coopéré à notre enquête sur sa réunion à huis clos. J'ai personnellement décidé d'entreprendre cette enquête. Encore une fois, il serait absurde d'affirmer que je ne peux protéger mes processus qu'en cas de plainte déposée par autrui. J'ai la responsabilité de veiller à l'efficacité de mes enquêtes et au respect de l'autorité de mon Bureau. Si j'apprends qu'il y a eu un manque apparent de coopération à l'une de mes enquêtes, je suis tenu d'étudier la question et de faire un rapport pertinent quand il y a effectivement eu non-coopération.

15 L'article 14 (2) de la *Loi sur l'ombudsman* me confère ce pouvoir. Il ne donne le droit de mener des enquêtes de « ma propre initiative » sur « les actions accomplies ou les omissions faites par une organisation gouvernementale dans le cours de ses activités et qui affectent un particulier ou un groupe de particuliers à ce titre ». Généralement, la *Loi sur l'ombudsman* ne s'applique pas aux municipalités, qui sont exemptes de ce pouvoir. Mais exceptionnellement, à la suite de modifications à la *Loi de 2001 sur les municipalités* et à la *Loi sur l'ombudsman*, certaines municipalités relèvent maintenant de la *Loi sur l'ombudsman* en ce qui concerne les enquêtes pour des plaintes sur les réunions à huis clos. C'est le cas de la Ville d'Oshawa, qui a décidé de ne pas désigner son propre enquêteur pour ces plaintes.

16 La question qui reste soulevée en vertu de l'article 14 est la suivante : le manquement de coopération à une enquête de l'Ombudsman constitue-t-il une action ou une omission « qui affecte un particulier ou un groupe de particuliers à ce titre ». Absolument! Un manquement à l'obligation de coopérer compromettrait mes enquêtes, affectant ainsi les intérêts personnels des particuliers qui ont porté plainte à l'origine. Dans le cas des réunions à huis clos, un manquement à

l'obligation de coopérer affecte le groupe de particuliers qu'est le public – groupe qui est en droit de compter sur l'efficacité du pouvoir de l'Ombudsman de faire enquête sur les allégations quant aux réunions à huis clos. Dans ce cas, l'allégation de non-coopération porte sur le manquement des dirigeants de la Ville d'Oshawa à respecter les conditions imposées au traitement d'un Rapport préliminaire. Ces conditions ont pour objet de protéger le droit de confidentialité accordé par la loi aux témoins et aux informateurs. Omettre de coopérer aux obligations de confidentialité des Rapports préliminaires affecte les intérêts personnels de ceux-ci. En fait, laisser passer un manquement de respect de la confidentialité, ce serait menacer les intérêts personnels de tous les plaignants, dans toutes les enquêtes de l'Ombudsman, en raison du précédent qui serait créé. L'article 14 (2) de la *Loi sur l'ombudsman* me confère le pouvoir de mener cette enquête.

- 17 Subsidiairement, j'ai le pouvoir de conclure à une non-coopération dans le cadre des enquêtes que je mène à la suite de plaintes. Le fait que le Rapport final sur la réunion à huis clos a été envoyé à la Ville d'Oshawa avant l'ouverture de cette seconde enquête ne m'empêche aucunement d'examiner le manquement apparent de coopération de la Ville d'Oshawa au cours de cette enquête. Si la parution d'un rapport final d'enquête au cours de laquelle il y a eu un apparent manquement de coopération devait m'enlever le pouvoir d'enquêter sur cette non-coopération, les rapports finaux devraient être retardés jusqu'à l'achèvement des enquêtes de non-coopération. Ceci est tout à fait insensé.
- 18 Quoi qu'il en soit, ma compétence d'équité me permet de rouvrir mes enquêtes. Nous n'avons découvert le manquement apparent de la Ville d'Oshawa à nous renvoyer notre Rapport préliminaire qu'après lui avoir fait parvenir le Rapport final de notre enquête sur sa réunion à huis clos. Ceci résultait d'une négligence de notre part. Bien sûr, nous n'aurions pas dû prendre pour acquis qu'il y aurait respect des obligations, même si notre expérience avec le Gouvernement de l'Ontario et les autres municipalités s'était avérée positive à cet égard. Mais ce qui compte, ce sont les faits – pas le choix du moment. Si je devais le faire pour appuyer mon pouvoir d'enquête, je choisirais d'invoquer ma compétence d'équité afin de rouvrir l'enquête d'origine car il est de l'intérêt public que j'examine la nature des faits, et non pas que j'abdique formellement mon pouvoir juridictionnel du fait que l'apparent manquement aux obligations de confidentialité n'a été découvert qu'après la remise du Rapport final à la Ville d'Oshawa.
- 19 Sans aucun doute, j'ai le pouvoir d'entreprendre cette enquête et je considère que je n'ai pas d'autre choix que de le faire.

Le processus d'enquête

20 Le 11 juin 2008, notre Bureau a reçu une plainte alléguant que le Comité des services de développement de la Ville d'Oshawa avait tenu une réunion à huis clos, contrairement à la règle, le 22 mai 2008. Au cours de cette enquête, nous avons découvert que la Ville d'Oshawa ne nous avait pas renvoyé notre Rapport préliminaire. Le personnel de direction de mon Bureau a demandé à la Ville qu'elle nous le retourne. Quand la Ville a refusé de le faire, j'ai décidé d'enquêter afin de déterminer si ce refus constituait un manquement de coopération à notre enquête sur la réunion à huis clos. Le 31 mars 2009, par grande mesure de précaution et par souci de donner un juste préavis, j'ai écrit au maire Gray l'avisant de mon intention de faire enquête sur l'apparent manquement de la Corporation de la Ville d'Oshawa à respecter les conditions attachées à la remise de mon Rapport préliminaire. Ce même jour, M. Gareth Jones, directeur de l'Équipe d'intervention spéciale de l'Ombudsman, a écrit au maire Gray pour lui demander divers documents et pour l'aviser que M. Ciaran Buggle de notre Bureau avait été nommé enquêteur en chef. Le processus d'enquête qui a suivi est inextricablement lié aux faits décrits ci-après. Je ne dirai donc pas un mot de plus ici à ce sujet.

Les conclusions de l'enquête

Le contexte statutaire pertinent

21 Conformément à la *Loi sur l'ombudsman*, nous sommes tenus de traiter comme privilégié tout renseignement obtenu durant une enquête. Voici ce que stipule l'article 24 (3) :

(3) Une déclaration faite, un renseignement fourni et un document ou un objet produits au cours d'une enquête de l'ombudsman ou d'une instance devant lui dans le cadre de la présente loi, jouissent de la même immunité que si l'enquête ou l'instance avait lieu devant un tribunal.

22 Ceci signifie que nous sommes contraints, de par la loi, de garder confidentiel tout ce que nous apprenons durant nos enquêtes. La raison en est claire. L'efficacité de notre processus de règlement des plaintes repose sur le fait que les plaignants peuvent nous parler très ouvertement. Beaucoup de nos informateurs et de nos témoins sont des gens qui travaillent au gouvernement et qui doivent nous donner des renseignements peu flatteurs sur leurs supérieurs ou leurs organismes. La loi doit donc, dans toute la mesure du possible, garantir à ces personnes qu'elles seront protégées des représailles.

23 En vertu de l'article 12 (1), je suis tenu de prêter serment pour m'engager à ne pas divulguer les renseignements que j'obtiens en tant qu'Ombudsman. Mais je suis aussi contraint, de par la loi, de faire rapport de mes conclusions pour que tout problème identifié puisse être rectifié. Voici ce que dit l'article 12 (2) :

(2) L'ombudsman peut, dans un rapport qu'il fait en vertu de la présente loi, divulguer ce qu'il juge nécessaire pour fonder ses conclusions et ses recommandations.

24 En fait, la promesse de confidentialité réglementaire faite aux informateurs et aux témoins est sujette au principe qui permet la divulgation des renseignements contenus dans un rapport non confidentiel, quand ces renseignements sont nécessaires pour expliquer ou appuyer les positions prises par nous en fin de compte. En d'autres termes, l'obligation de confidentialité se rapporte uniquement au contenu du Rapport final émis en vertu de l'article 21 ou de l'article 14 (2.5) de la *Loi sur l'ombudsman*.

25 Ceci dit, il est important que l'Ombudsman soit aussi exact que possible dans ses conclusions. Il est donc prudent de ma part de donner à l'organisation gouvernementale visée par l'enquête la possibilité de voir ce que j'ai déduit des preuves. Il y va de l'intérêt de l'organisme, car ce processus permet de découvrir et d'éliminer toute erreur éventuellement faite par nous et d'insérer des explications. Il peut éviter des embarras inutiles à l'organisme gouvernemental qui apporte réponse à notre rapport. En fait, quand il semble y avoir suffisamment de raisons pour moi de faire un rapport ou des recommandations qui risquent d'affecter négativement tout organisme gouvernemental ou tout particulier, l'article 18 (3) me contraint de donner le droit de réponse à cet organisme ou à ce particulier. Le seul moyen de donner aux organismes et aux particuliers concernés un moyen pertinent de réagir est de leur communiquer une version préliminaire de mon rapport, avant d'y mettre le point final.

26 Alors, comment conjuguer cette obligation de confidentialité et ces mandats de consultation et représentation? Au Bureau de l'Ombudsman, nous suivons une approche adoptée par les autres officiers de l'Assemblée législative qui se trouvent confrontés au même dilemme. Nous préparons des Rapports préliminaires et nous les communiquons en imposant des conditions faites pour garantir au maximum leur confidentialité. Cette méthode repose légalement sur l'article 15 (3), qui m'autorise à définir mes propres procédures. Le pouvoir que j'ai d'imposer des conditions de confidentialité m'est non seulement accordé par la loi, mais il est aussi jalousement défendu par moi, comme il se doit. Si je ne pouvais pas suivre

cette approche, ma capacité d'équilibrer les intérêts contraires importants que me confie la Loi s'en trouverait minée. C'est dans ce contexte qu'il faut lire ce rapport.

La « lutte à la corde » pour notre Rapport préliminaire

27 Le 2 février 2009, mon enquête sur la plainte du 11 juin 2008 était achevée. Nous étions donc prêts à envoyer notre Rapport préliminaire à la Ville d'Oshawa pour obtenir ses commentaires et pour lui donner l'occasion de répondre à ce document au cas où, à son avis, certaines de nos conclusions ou recommandations affecteraient négativement la municipalité.

28 Avant d'expédier le Rapport préliminaire, M^{me} Domonic Pierre, enquêteuse responsable de ce dossier, a communiqué avec le maire Gray. Avec lui, elle a passé en revue les conditions standard que nous imposons pour garantir la confidentialité du Rapport préliminaire. Elle lui a expliqué que le Rapport préliminaire que nous nous apprêtons à lui envoyer resterait la propriété de l'Ombudsman, qu'il ne devait ni être copié, ni être marqué; elle a précisé qu'il devait être conservé par la Ville d'Oshawa dans un dossier séparé et qu'il devrait nous être renvoyé. Le maire Gray a confirmé qu'il avait compris. A aucun moment il n'a soulevé la moindre objection à une de ces conditions, ni suggéré que la Ville ne voudrait pas ou ne ~~pourrait pas~~ respecter ces obligations.

29 Le Rapport préliminaire a été envoyé par messager. Chacune de ses pages était marquée « Confidentiel – Propriété de l'Ombudsman / Ne pas marquer, ne pas copier. » Une lettre de couverture signée par l'Ombudsman y a été jointe. Elle disait :

Je vous fournis ce Rapport préliminaire pour vous donner la possibilité de faire tout commentaire que vous aimerez voir pris en considération, avant la parution du Rapport final. Le Rapport préliminaire n'est pas définitif et c'est pourquoi il n'est pas communiqué au public.

Pour préserver l'intégrité du processus et pour éviter la divulgation de renseignements avant que vous n'ayez l'occasion de me répondre, j'ai instauré des mesures faites pour protéger la nature confidentielle du Rapport préliminaire. Par conséquent, je vous demanderai de :

- Conserver le Rapport préliminaire ci-joint dans un dossier séparé, pour qu'il soit considéré comme restant à ma garde et non pas comme faisant partie de vos dossiers. Ce document ne doit ni être marqué, ni être copié.

- Retourner le Rapport préliminaire au plus tard le 16 février 2009.
- Vous abstenir de commenter publiquement le Rapport préliminaire ou d'annoncer toute mesure sur ses conclusions ou recommandations.

30 Personne de la Ville d'Oshawa n'a jamais communiqué avec nous pour nous dire que les conditions étaient inacceptables, ou qu'elles manquaient de clarté. De fait, la livraison du Rapport préliminaire a été acceptée.

31 La Ville d'Oshawa a utilisé ce Rapport préliminaire dans le but pour lequel il lui avait été envoyé. Le 12 février 2009, nous avons reçu un appel de l'avocat de la Ville, M. Potts, nous disant que le personnel avait soulevé des questions quant à certaines inexactitudes dans l'ébauche de rapport. Il a demandé à l'avocate de notre Bureau, M^{me} Laura Pettigrew, de lui communiquer les notes de nos entrevues et de nos transcriptions. Celle-ci lui a expliqué que nos enquêtes sont menées en privé et que nous ne pouvons pas divulguer l'identité des témoins, de sorte à préserver l'intégrité de notre processus d'enquête. M. Potts lui a répondu qu'il comprenait et qu'il avait anticipé cette réponse. M^{me} Pettigrew a conseillé à M. Potts de faire un relevé détaillé de toutes les erreurs perçues, dans la réponse donnée par la Ville. Et comme la date limite indiquée dans ma lettre, à savoir le 16 février 2009, coïncidait avec le Jour de la famille, qui était férié, M^{me} Pettigrew a confirmé que la Ville bénéficierait d'une prolongation d'un jour.

32 Le 17 février 2009, jour de la nouvelle date limite, le maire a profité du droit de réponse donné à la Ville d'Oshawa pour nous faire parvenir une lettre de trois pages sur notre Rapport préliminaire. Cette lettre était polie, rédigée sur un ton neutre. Nous l'avons étudiée et nous avons tenu compte de ses observations et recommandations dans toute la mesure où nous pouvions le faire sans nuire à l'intégrité de l'enquête. Nous avons modifié notre Rapport préliminaire puis, le 24 mars 2009, nous avons envoyé le Rapport final à la Ville en vue de le rendre public. Malheureusement, personne dans notre Bureau n'a remarqué alors que l'exemplaire du Rapport préliminaire prêté à la Ville ne nous avait pas été renvoyé. N'ayant pas connaissance de ce fait, j'ai joint une lettre de couverture au Rapport final, remerciant la Ville d'Oshawa de sa coopération au cours de l'enquête.

33 Fidèle à notre pratique, j'ai inclus au Rapport final les objections faites au Rapport préliminaire, et j'y ai répondu en fonction de leur mérite. Cette mesure a pour but de garantir que toute objection au contenu du Rapport final est notée et d'expliquer à l'autorité gouvernementale pourquoi nous avons finalement rejeté certains de ses commentaires ou objections. C'est cette partie du Rapport final, « Réponse du

Conseil de la Ville d'Oshawa », qui a déplu au maire Gray. Une lettre de M^{me} Pettigrew, datée du 26 mars 2009, m'a alerté en ces termes :

J'ai eu des nouvelles de John Gray, maire de la Ville d'Oshawa, aujourd'hui à propos de notre rapport sur la réunion à huis clos.

Il m'a dit tout d'abord que le ton du Rapport final l'avait contrarié parce que la partie sur la Réponse du Conseil de la Ville d'Oshawa faisait plusieurs fois référence au « maire ». Il m'a précisé qu'il n'avait même pas assisté à la réunion. Je lui ai dit que la raison pour laquelle cette partie faisait référence à lui était qu'il avait répondu au Rapport préliminaire au nom du Conseil et que le passage consacré à la réponse rapportait donc ses commentaires. [Le rapport dit clairement que le maire n'a pas assisté à cette réunion.]

34 M^{me} Pettigrew a dit qu'elle avait « profité de l'occasion pour parler de quelques points soulevés dans la réponse [du maire Gray] le 17 février 2009 ».

35 C'est peu de temps après cette conversation que nous avons appris que la Ville d'Oshawa ne nous avait pas renvoyé notre Rapport préliminaire. Nous l'avons découvert lors d'une conversation avec l'avocat de la Ville, M. Potts, qui a téléphoné à M^{me} Pettigrew à la suite de la conversation de celle-ci avec le maire Gray. Selon les notes rédigées alors par M^{me} Pettigrew à propos de cet appel téléphonique :

[M. Potts] a expliqué que la Ville va probablement rendre publique la lettre de réponse du maire avec notre Rapport [final]. Il a dit que dans ces circonstances une question avait été soulevée quant à la publication du Rapport préliminaire.

36 Lorsqu'elle a appris que le Rapport préliminaire était toujours en possession de la Ville d'Oshawa et qu'il pourrait être rendu public, M^{me} Pettigrew a rappelé à M. Potts les conditions attachées à ce Rapport préliminaire. M. Potts n'a pas changé de position. Il a donné deux réponses. La première était de nature juridique. Voici ce que M^{me} Pettigrew a noté :

Il a dit qu'il se pourrait que la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée considère qu'il s'agit d'un dossier de la Ville en vertu de la *LAIMPVP* (*Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*) qui doit être conservé par elle.

37 Je répondrai en détail à cet argument de la *LA/MPVP* ci-après.

38 La seconde réponse de M. Potts était une demande de clarification :

Il a dit que la Ville voulait tout mettre en contexte. Il a mentionné par exemple que [dans le Rapport final] nous avions déclaré que le maire avait demandé la suppression des recommandations [1a et 1b], alors qu'il avait dit qu'elles n'étaient pas claires.

39 L'exemple donné par M. Potts était correct. D'après l'objection du maire Gray à nos recommandations, nous avions déduit qu'il voulait leur suppression et nous avions présenté cette déduction comme si le maire Gray nous avait demandé directement leur annulation¹. Nous regrettons cette imprécision. Mais il n'était aucunement nécessaire de rendre public le Rapport préliminaire pour éviter tout malentendu potentiel. La position du maire Gray pouvait fort bien être clarifiée simplement en rendant publique sa réponse, avec comparaison au texte de notre Rapport final. De fait, c'est ce que M. Potts a proposé de faire dans son appel téléphonique à M^{me} Pettigrew. Nous lui avons dit que cela ne nous posait aucun problème.

40 Le 30 mars 2009, M^{me} Pettigrew a envoyé une lettre par télécopieur à M. Potts. Cette lettre demandait officiellement le renvoi du Rapport préliminaire dans les 24 heures. Ce n'était pas une déclaration abrupte d'autorité. Elle expliquait en détail les raisons pour lesquelles l'Ombudsman fournit ses rapports préliminaires, temporairement et confidentiellement, et elle reprenait les termes et conditions attachés à l'envoi du Rapport préliminaire en question – conditions que nous avions toutes raisons de croire acceptées par la Ville. La lettre réaffirmait aussi que le maire Gray était libre de rendre publique sa lettre de réponse, s'il le souhaitait, et pouvait commenter le Rapport final comme il le voulait. Mais la lettre soulignait clairement que l'Ombudsman insistait qu'en aucune circonstance le Rapport

¹ Les recommandations en question ont été conservées dans le Rapport final, à 1 (a) 1 et 1 (b). Ces recommandations disaient ceci : « La Ville d'Oshawa devrait s'assurer qu'à l'avenir aucun sujet n'est discuté lors d'une réunion à huis clos ayant un but d'éducation ou de formation sauf si : (a) La présentation ou la discussion a clairement pour seul objectif l'éducation et la formation. Et (b) Tous les documents préparés par les présentateurs et les formateurs sont passés au crible au préalable pour s'assurer qu'ils donnent uniquement des renseignements d'éducation ou de formation, et les présentateurs et les formateurs sont informés qu'ils peuvent uniquement donner ou discuter des renseignements ayant un but d'éducation ou de formation. » La réponse du maire Gray soutenait ceci : « Précisons respectueusement que ni la *Loi sur les municipalités*, ni le règlement procédural de la Ville, ne limitent le nombre de sujets qui peuvent potentiellement faire partie d'une séance d'éducation. Par conséquent, les recommandations 1 (a) et 1 (b) manquent similairement de clarté. »

préliminaire ne pouvait être communiqué au public ou conservé par la Ville. Dans cette lettre, M^{me} Pettigrew disait ceci :

Durant notre conversation, vous avez fait référence aux principes d'ouverture et de transparence comme justifications potentielles pour rendre public le Rapport préliminaire. Comme mentionné, le Rapport préliminaire est la propriété du Bureau de l'Ombudsman et ne devrait pas être considéré comme celle de la Ville. Cette position, si elle était prise par la Ville, irait à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'ombudsman*; elle minerait le pouvoir de ce Bureau et nuirait à sa capacité de faire son travail en tant qu'organisme indépendant de surveillance.

41 M^{me} Pettigrew a confirmé que le maire Gray avait toute liberté de rendre publique sa lettre de réponse et de commenter le Rapport final comme il le voulait. Elle a passé en revue les conditions dans lesquelles le Rapport préliminaire avait été envoyé et a bien expliqué que les rapports préliminaires étaient communiqués « pour nous permettre d'effectuer efficacement notre travail en tant qu'organisme indépendant de surveillance ». Elle a proposé d'envoyer quelqu'un de notre Bureau prendre livraison du Rapport préliminaire.

42 À 16 h 18 ce jour-là, M. Potts a laissé un message dans la boîte vocale de M^{me} Pettigrew. Voici ce qu'il disait fondamentalement :

Je serai à la Cour d'appel demain et peut-être le lendemain aussi, et je vois la période de 24 heures indiquée dans votre lettre. Bien sûr, je ne suis pas personnellement en mesure de répondre à votre demande car plusieurs exemplaires de cette lettre ont été distribués en vue de préparer une réponse. Le maire... j'ai reçu une copie du bureau du maire, et j'ai donc ma propre copie.

Mais pour clarifier un point qui n'est pas mentionné dans votre lettre et auquel je veux donner réponse, disons que la raison pour laquelle je vous ai appelée est d'envisager la possibilité qu'une tierce partie contraine la Ville à prendre une décision dans sa capacité de « personne responsable » conformément à la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, ce qui nous amène à considérer ce qu'est un document, si nous avons la garde d'un document, et vous le savez – comme je l'ai dit durant notre conversation – je pense à cette question proactivement.

C'est peut-être un point auquel le Bureau de l'Ombudsman n'a pas pensé avant, ou n'a pas pensé au moment où il a livré le rapport à la Ville, comme cela s'est passé, j'en conviens avec votre lettre. Il se pourrait que le Bureau de l'Ombudsman ne puisse pas nous contraindre à ne pas nous conformer à la *LAIMPVP*, et c'est le point que je considère car je sais, comme je l'ai dit dans notre conversation, qu'une des références dans le rapport final va soulever des questions à propos de la réponse du maire, qui est mentionnée dans le rapport. À son tour, la réponse du maire va peut-être soulever l'intérêt pour le rapport préliminaire, que nous voulions ou non le rendre public.

43 Ce message téléphonique a été suivi à 17 h par un courriel dans lequel M. Potts a déclaré ceci :

Comme indiqué [présumément dans le message vocal], j'ai communiqué avec vous pour envisager la question éventuelle des obligations qu'aurait la Ville, le cas échéant, de divulguer le rapport de l'Ombudsman si/quand une requête de document était soumise par une tierce partie en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée (LAIMPVP)*.

Le rapport final fait référence aux commentaires du maire qui, à leur tour, font référence au rapport préliminaire, et il est donc plausible qu'une requête soit présentée et que la municipalité ait à déterminer ses obligations en vertu de la *LAIMPVP*, dans la mesure où elles pourraient s'appliquer ou non au rapport préliminaire. La Ville doit donc tout d'abord déterminer si le rapport préliminaire constitue un « document » auquel s'appliquent les dispositions de la *LAIMPVP* et celles de son règlement municipal sur la rétention des documents. Cette détermination pourrait influer sur la capacité juridique qu'a la Ville de se conformer à la requête de l'Ombudsman vu que – comme noté dans votre lettre – ce rapport préliminaire a été remis à la Ville par le Bureau de l'Ombudsman.

La référence que fait votre lettre aux principes d'ouverture et de transparence reflète aussi l'importance d'apporter une réponse juste à la question des obligations de transparence de la Ville en vertu de la *LAIMPVP*.

44 M. Potts a fait savoir qu'il transmettrait ce courriel au secrétaire de mairie « afin que nous puissions être en mesure de discuter la requête en temps opportun [après son retour du tribunal] ». M. Potts a demandé à M^{me} Pettigrew de lui indiquer tout

précédent « appuyant un point de vue ou un autre » afin de l'aider à formuler une opinion pour le personnel de la municipalité.

45 Peu après avoir reçu ce courriel, M^{me} Pettigrew a parlé à M. Potts. Comme le montrent les notes prises alors par elle, les commentaires de M. Potts n'ont guère été réconfortants. Il a d'abord reconnu qu'il existait d'autres copies, mais quand M^{me} Pettigrew lui a demandé combien il y en avait, il a répondu qu'il savait uniquement que lui en avait une. Il a déclaré que notre interdiction de copier le document avait rendu les choses difficiles, comme si cela pouvait justifier le non-respect des conditions attachées au Rapport préliminaire. Quand M^{me} Pettigrew a insisté pour que toutes les copies du Rapport préliminaire nous soient remises dans les 24 heures, il a protesté que la Ville avait déjà enfreint aux dispositions sur les réunions ouvertes au public et qu'il s'inquiétait de pouvoir contrevenir à la *LAIMPVP* s'il acceptait de le faire. Néanmoins, il n'a pas semblé inquiet du fait que la Ville avait probablement enfreint la *Loi sur l'ombudsman* en faisant des copies du document, qu'elles avaient gardées.

46 Quand M^{me} Pettigrew a tenté de le persuader de nous renvoyer ces documents en lui expliquant pourquoi il était important pour nous de créer un environnement qui permette aux plaignants et aux témoins de parler très ouvertement, il a riposté avec ce qui nous a semblé être un coup bas. Il a dit qu'il comprenait et il a fait une comparaison avec un passage cité dans notre rapport disant que les conseillers municipaux devraient pouvoir « être décontractés... et parler sans avoir à se méfier et à se demander ce qu'en dirait la presse le lendemain ». C'était une allusion à notre Rapport final, où je concluais que l'exemption pour éducation ou formation aux dispositions sur les réunions ouvertes au public, dans la *Loi de 2001 sur les municipalités*, ne permettait pas à un conseiller municipal de chercher à justifier une réunion à huis clos en disant que les conseillers devraient pouvoir « être décontractés... et parler sans avoir à se méfier et à se demander ce qu'en dirait la presse le lendemain ». Je crois que, par ce commentaire, M. Potts semble avoir manifesté une hostilité sous-jacente à notre rapport sur cette réunion à huis clos. Puis M. Potts a indiqué quelle serait probablement son opinion. Selon lui, le fait pour nous d'avoir reconnu que ce document avait été remis à la Ville faisait probablement de lui un « document » de la Ville.

47 C'est alors que j'ai décidé d'ouvrir une enquête sur « le manquement apparent de la Corporation de la Ville d'Oshawa à respecter les conditions dans lesquelles un exemplaire de mon Rapport préliminaire sur la réunion spéciale du Comité des services de développement, le 22 mai 2008, lui avait été remis... » Je n'ai pas pris cette décision à la légère. Trois éléments l'ont influencée :

- En plus de toute la question du renvoi du Rapport préliminaire, il ressortait maintenant que ce Rapport préliminaire avait été copié et distribué, alors qu'il était clairement marqué « Confidential – Propriété de l'Ombudsman/Ne pas marquer, ne pas copier » et que la raison du non-respect de cette condition semblait simplement venir des inconvénients présentés par elle.
- Apparemment, les responsables de la Ville d'Oshawa ne se considéraient pas tenus de respecter les conditions de confidentialité dont ils avaient pris connaissance en acceptant le Rapport préliminaire. De toute évidence, ils choisissaient d'ignorer nos demandes sans équivoque de renvoi immédiat de notre Rapport préliminaire et de ses copies, en se répandant en considérations sur les applications potentielles de la *LAIMPVP*, sur des arguments « d'ouverture et de transparence » et sur la possibilité que la Ville puisse en fin de compte avancer « l'opinion » que nous n'avions pas légalement le droit d'exiger le renvoi de ce Rapport préliminaire.
- Les responsables de la Ville d'Oshawa envisageaient apparemment de rendre public le Rapport préliminaire pour permettre au maire d'expliquer les positions qu'il avait prises en réponse à ce document.

48 Tous ces événements survenaient dans une atmosphère d'apparent mécontentement à propos du ton et du contenu de notre Rapport final. À vrai dire, je m'inquiétais que les responsables de la Ville aient décidé de garder ce Rapport préliminaire et envisagent de le rendre public, alors qu'ils étaient mécontents de mon Bureau et qu'ils avaient manifesté un désintérêt apparent pour nos conditions de confidentialité. De plus, ce refus de nous rendre le Rapport préliminaire semblait pouvoir être motivé par des raisons politiques ou inspiré par un sens d'injustice. Ceci m'a incité à croire que les tentatives d'arguments faites quant au non-respect des conditions n'étaient peut-être que de simples rationalisations. C'est ce qu'elles semblaient être, d'après un examen des faits.

49 Pour souligner l'importance que nous attachons aux conditions de confidentialité, j'ai rappelé ceci au maire dans ma lettre d'enquête : « Pareille conduite pourrait constituer une infraction en vertu de l'article 27 de la *Loi sur l'ombudsman*. » Par la suite, le 2 avril 2009, l'avocat de la Ville a déclaré dans un message vocal qu'il avait mal compris ma lettre, croyant qu'elle alléguait que j'allais « porter des accusations ». Mais ce n'est pas ce que disait ma lettre. Elle ne disait même pas que je faisais enquête sur une infraction en vertu de l'article 27. Ce droit appartient aux policiers en cas de plainte criminelle. Je soulignais simplement la gravité de la question.

50 J'ai envoyé la note le 21 mars 2009. Le lendemain, soit le 1^{er} avril 2009, M. Potts a envoyé un courriel à M^{me} Pettigrew, lui posant huit questions. Selon lui, « ce courriel était envoyé dans une tentative faite de bonne foi pour mieux comprendre la position de l'Ombudsman à propos des obligations de la Ville, notamment en vertu de la *LAIMPVP* » et il voulait obtenir réponse pour pouvoir aviser correctement le conseil municipal et le personnel d'Oshawa. Seules les questions 7 et 8 portaient sur la *LAIMPVP*. Les six premières portaient sur des défis possibles au pouvoir de l'Ombudsman de mener son enquête, que M. Potts contestait de toute évidence.

51 Le 1^{er} avril, M^{me} Pettigrew a répondu uniquement aux questions sur la *LAIMPVP*, tout en réitérant notre demande pour le renvoi des exemplaires de notre Rapport préliminaire :

À la suite de votre courriel reçu plus tôt aujourd'hui, je comprends que le maire Gray a confirmé à l'enquêteur de l'Ombudsman ce matin que de nombreuses copies du Rapport préliminaire avaient été faites, en contradiction directe avec les instructions données par l'Ombudsman dans sa lettre du 2 février 2009. Je réitère une fois de plus notre demande de renvoi immédiat du Rapport préliminaire et de tous ses exemplaires au Bureau de l'Ombudsman. Vous et le maire Gray avez clairement été informés que le Rapport préliminaire est la propriété du Bureau de l'Ombudsman. Toutes les copies faites par la Ville étaient non autorisées; elles devraient être également considérées comme la propriété du Bureau de l'Ombudsman et lui être renvoyées sur-le-champ. À ma connaissance, la Ville d'Oshawa n'a pas encore reçu de requête en vertu de la *LAIMPVP* pour des exemplaires de ce Rapport préliminaire. Pour cette raison, et étant donné que pour nous le Rapport préliminaire et ses copies non autorisées restent la propriété du Bureau de l'Ombudsman, une discussion de l'application de la *LAIMPVP* est inutile et sans pertinence actuellement.

52 Le lendemain, le 2 avril 2009, M. Potts a laissé un message téléphonique, protestant que nous n'avions pas répondu aux questions sur notre pouvoir de mener l'enquête. Voici ce qu'il a dit :

À ma lecture de la Loi, l'Ombudsman n'a pas le pouvoir d'entreprendre une enquête de sa propre initiative, tout particulièrement sur une question à propos de laquelle il allègue vouloir porter des accusations.

53 Il a dit qu'à son avis le Bureau de l'Ombudsman laissait « d'importantes traces écrites d'intimidation » et a demandé qui gardait l'œil sur le chien de garde. Et de nouveau, il a demandé réponse à ses questions.

54 M^{me} Pettigrew a répondu par courriel à M. Potts. Voici ce qu'elle a dit :

En ce qui concerne votre question sur le pouvoir qu'à l'Ombudsman d'entreprendre l'enquête actuelle, l'enquête factuelle sur les plaintes à propos de la réunion à huis clos est certes achevée, mais le processus entamé par l'Ombudsman n'est pas terminé car la question du respect par la Ville des conditions attachées au Rapport préliminaire reste en examen.

55 Elle a fait référence à la compétence d'équité de l'Ombudsman et a dit sans aucune ambiguïté : « Notre Bureau maintient qu'il a le pouvoir d'enquêter pour déterminer s'il y a eu violation des conditions procédurales de l'Ombudsman. »

56 M. Potts a appelé dans les minutes qui ont suivi. Lui et M^{me} Pettigrew ont tenu une conversation. Il a commencé par prétendre répondre aux questions de compétence auxquelles il nous avait demandé de donner réponse. Il a dit que nous avions envoyé notre Rapport final et il a remis en question notre pouvoir de lancer une nouvelle enquête, demandant « qui est le particulier affecté personnellement dans sa capacité de satisfaire à l'article 14 (1) de la Loi? » Il a ajouté qu'il avait envoyé ses questions car à son avis les problèmes d'ordre juridictionnel n'avaient pas été réglés. Il a déclaré qu'il existait un processus pour les résoudre – faisant référence à la Cour divisionnaire – et il a suggéré que nous pourrions régler ces questions de *LAIMPVP* en sollicitant l'opinion de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. Il est revenu sur ce point par la suite au cours de la conversation, nous proposant de consulter ensemble le Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée.

57 Puis il a changé de position à propos de l'application de la *LAIMPVP*. Il ne se demandait plus si le document préliminaire constituait un document que la Ville était contrainte de garder. Il était d'avis « qu'en raison des dispositions de rétention des documents de la *LAIMPVP* et du règlement municipal de la Ville à ce sujet, le Rapport préliminaire relevait maintenant de la garde et du contrôle de la Ville et ne pouvait pas être renvoyé comme requis. » Il a ajouté qu'il considérait que notre position était « mal fondée en droit » et que nous avions « l'opinion erronée que la Ville n'avait pas la garde ou le contrôle de ce document ». Il a ajouté que la Ville d'Oshawa était contrainte de le conserver.

58 Ignorant apparemment que M^{me} Pierre, de notre Bureau, avait passé en revue nos conditions de confidentialité avec le maire Gray avant de remettre notre Rapport à la ville, M. Potts a déclaré que nous aurions dû confirmer les conditions d'envoi de ce document avant de l'expédier. Il est clair que ceci n'aurait fait aucune différence pour M. Potts. Quand nous l'avons avisé que nous l'avions fait, il a maintenu que la Ville n'avait aucune obligation de nous rendre les documents et qu'elle contreviendrait à la *LAIMPVP* en le faisant.

59 La discussion s'est terminée dans une impasse. M^{me} Pettigrew lui a dit que la réponse était fort simple. Le Rapport préliminaire nous appartenait et avait été remis conditionnellement à la Ville. Il a déclaré qu'il avait informé le personnel que la question de notre pouvoir de compétence n'était pas claire et que, bien que le personnel ait dû obtempérer à l'enquête sur la réunion à huis clos, notre pouvoir dans ce cas était remis en question.

60 Cette conversation n'a pas uniquement porté sur la rétention des documents. M. Potts a saisi l'occasion pour mentionner que la Ville restait en désaccord sur quelques points de notre Rapport final, notamment sur l'envergure de l'exemption pour « éducation et formation ».

61 à 19 h 54, M. Potts a de nouveau envoyé un courriel comprenant plusieurs points dans le but, a-t-il dit, de faciliter une solution :

1. Comme indiqué dans nos communications précédentes, la Ville considère que le rapport préliminaire de l'Ombudsman est un document sous la garde et le contrôle de la Ville. Un exemplaire de ce rapport a été livré par l'Ombudsman à la Ville pour qu'elle prépare une réponse. L'Ombudsman a ensuite reçu la réponse de la Ville, qu'il a apparemment considérée et finalement citée en référence dans son rapport final. L'intention était clairement que la Ville agisse relativement au rapport préliminaire, ce qu'elle a fait à la demande de l'Ombudsman, après avoir reçu le rapport préliminaire de l'Ombudsman.
2. La Ville est contrainte de conserver les documents sous sa garde ou son contrôle. L'instruction donnée par l'Ombudsman demandant le renvoi de ce document (et de toutes copies) est contraire aux obligations qu'a la Ville en ce qui concerne les documents sous sa garde et son contrôle.
3. Déterminer si le rapport préliminaire est un document sous la garde ou le contrôle de la Ville est lié à la question du pouvoir d'enquête de

l'Ombudsman. Par conséquent, la question devrait être réglée ou déterminée sans retard.

4. J'ai suggéré que, si vous et moi étions dans l'incapacité de résoudre cette question juridique préliminaire, nous consultions nos collègues juridiques du Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée Ontario (ou des experts en accès à l'information/protection de la vie privée mutuellement acceptables).
5. Si la question ne peut être ainsi réglée, elle devrait être référée à la Cour divisionnaire en vertu de l'article 14 (5) de la Loi (avec toutes les autres questions pertinentes d'ordre juridictionnel restées en suspens, y compris celles dont le détail a été donné dans le courriel de l'auteur datant du 1^{er} avril 2009 et dans votre courriel ci-dessous).
6. Il faudrait demander aux enquêteurs de l'Ombudsman de « faire relâche » immédiatement, en attendant le règlement de la question. D'avance, je vous remercie de répondre à cette requête dans les plus brefs délais qui vous conviennent, à votre convenance, et j'attends votre confirmation.
7. L'Ombudsman peut être assuré que la Ville traite le rapport préliminaire comme un document exempté de divulgation en vertu de l'alinéa 9 (1) (d) de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée (LAIMPVP)* et continuera de le faire à moins que la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée Ontario n'en décide autrement dans le contexte d'une plainte, ou jusqu'à ce que la Ville parvienne à une autre conclusion juridique (avec avis raisonnable donné à l'Ombudsman).
8. Présumant que nous pourrions nous entendre sur le fait que le rapport préliminaire est, dans ces circonstances, un document sous la garde ou le contrôle de la Ville, nous devrions à présent nous tourner vers l'application de l'alinéa 9 (1) (d) de la *LAIMPVP*, pour que nous soyons en mesure de répondre si/quand une requête nous est présentée pour ce document. J'apprécierais donc que vous répondiez à la question 8 du courriel du 1^{er} avril 2009. [La question 8 demandait : « L'Ombudsman considère-t-il que son bureau est un organisme du Gouvernement de l'Ontario? »]

62 Le lendemain, le 3 avril 2009, j'ai décidé de suspendre l'enquête de non-coopération. J'ai alors demandé à mon Ombudsman adjointe et directrice des

opérations, M^{me} Barbara Finlay, d'obtenir l'opinion du Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée Ontario sur la question suivante : la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée* stipule-t-elle que les municipalités doivent garder une copie d'une ébauche de rapport de l'Ombudsman? M^{me} Finlay a écrit au Commissaire adjoint (Accès à l'information), M. Brian Beamish, en indiquant quelles étaient nos pratiques et leur raison d'être et en lui demandant une opinion. Six jours plus tard, le 9 avril 2009, M. Beamish nous a fait parvenir sa réponse. Son opinion était sans ambiguïté :

... Je suis d'avis que la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée* (la *Loi*) n'impose pas d'obligation juridique explicite à un organisme pour qu'il conserve une copie d'une ébauche qui lui a été remise par le Bureau de l'Ombudsman. Dans les circonstances décrites par vous, rien dans la *Loi* n'empêche une municipalité de rendre à l'Ombudsman une copie d'une ébauche de rapport, ou n'empêche une municipalité de respecter les conditions imposées par votre bureau.

63 Croyant que les obstacles d'ordre technique au retour de ce rapport étaient écartés, M^{me} Finlay a aussitôt préparé une lettre à l'intention de M. Potts. Citant l'opinion donnée qu'il n'y avait juridiquement aucune justification pour que la Ville continue de refuser de se conformer aux instructions de l'Ombudsman, elle a demandé à M. Potts de s'assurer que toutes les copies nous soient renvoyées au plus tard à 16 h 30 le jour même. Elle a offert de recommander la cessation de l'enquête de non-coopération si cette demande obtenait satisfaction et elle a émis une mise en garde : si la Ville maintenait son refus, l'Ombudsman n'aurait pas d'autre option que de reprendre aussitôt l'enquête.

64 M. Potts a opté pour la contestation. Il a envoyé un courriel au Commissaire adjoint, M. Beamish, avec copie à M^{me} Pettigrew, se plaignant de ne pas avoir eu la possibilité de participer aux échanges avec le Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. Ensuite, il a tenté d'interpréter étroitement l'opinion donnée, disant qu'elle était « ciblée sur la *LAIMPVP* » et ne considérait pas les dispositions du règlement de la Ville sur la rétention des documents, qui a été adopté en vertu de la *Loi de 2001 sur les municipalités*.

65 Deux heures plus tard, il a de nouveau envoyé un courriel à M. Beamish, après avoir reçu notre envoi de la lettre de M^{me} Finlay demandant une opinion. Dans ce courriel, M. Potts a expliqué pourquoi la Ville avait ignoré la condition de « ne pas copier » de l'Ombudsman :

« Quelques copies du rapport ont été faites et communiquées aux membres du personnel ou aux conseillers de la Ville dont les commentaires étaient utiles pour la requête de réponse faite par l'Ombudsman. Les conditions nous enjoignant de garder le rapport dans un dossier séparé et de ne pas faire de copies allaient à l'encontre de l'objectif dans lequel cette ébauche de rapport avait été remise à la Ville. C'est pourquoi ces conditions ont été ignorées. »

66 C'est là un aveu important, sur lequel je reviendrai dans un instant. Mais le passage suivant du courriel mérite maintenant de retenir notre attention :

Nous notons que la demande de M^{me} Finlay visait en fait à savoir « s'il y a la moindre exigence en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée...* ». Votre lettre répond à cette question. **Mais, comme indiqué ci-dessous, il semble que ce ne soit pas la question en jeu entre les parties.** [Caractères gras ajoutés par moi]

67 Il a ensuite tenté d'établir le bien-fondé de l'obligation de rétention du document en vertu de la *Loi de 2001 sur les municipalités* et du règlement municipal de la Ville à ce sujet, en disant ceci :

La Ville a uniquement entamé une discussion avec le Bureau de l'Ombudsman à propos de la *LAIMPVP* dans la mesure où une tierce partie pourrait, à un moment donné, soumettre une requête d'accès à l'information... Une fois de plus, l'intention de la Ville a toujours été de se conformer à toutes ses obligations, y compris son obligation immédiate de garder ce document conformément à la *Loi de 2001 sur les municipalités* et à son propre règlement sur la rétention des documents.

68 M. Potts a donc dit que « dans ces circonstances, nous présumerons que votre réponse à M^{me} Finlay n'avait pas pour intention de suggérer que la Ville est contrainte de retourner toutes les copies de l'ébauche du rapport et que votre réponse n'avait pas pour intention d'inclure les obligations de la Ville en vertu de la *Loi de 2001 sur les municipalités* ou de son règlement sur la rétention des documents ».

69 À la lumière de ces événements, je n'ai pas eu d'autre choix que de relancer l'enquête. De toute évidence, il était impossible de persuader M. Potts. M^{me} Pettigrew a avisé M. Potts de ma décision le 13 avril 2009, par courriel. Elle lui a fait savoir que nous communiquerions avec les dirigeants municipaux pour

commencer les entrevues et a ajouté que nous comptions sur une entière coopération.

70 En retour, nous avons reçu un courriel de M. Potts le 14 avril 2009 nous disant ceci :

L'Ombudsman n'a pas le pouvoir de continuer d'entreprendre une enquête sur l'obligation pour la Ville de garder l'ébauche du rapport de l'Ombudsman. [Italiques dans l'original]

Pourquoi j'ai décidé d'achever l'enquête

71 La Ville d'Oshawa ayant refusé de reconnaître notre pouvoir d'enquêter sur son apparent refus de se conformer aux conditions dans lesquelles une copie de mon Rapport préliminaire sur une réunion tenue à huis clos lui avait été remis, nous n'avions pas pu achever l'enquête de non-conformité selon notre processus habituel. Plus précisément, nous n'avions pas pu faire d'entrevues avec les dirigeants municipaux, ni obtenir des copies des documents pertinents. Le refus montré par la Ville de reconnaître notre pouvoir nous laissait cinq choix hypothétiques, mais seulement deux vraies options. Il est évident d'après ce rapport que j'ai opté pour l'option d'achever l'enquête et de présenter un rapport, soit la cinquième option possible décrite ci-dessous. Voici pourquoi j'ai fait ce choix :

72 La première option hypothétique était tout simplement pour moi d'abandonner l'affaire. Mes responsabilités en vertu de la *Loi sur l'ombudsman* et envers l'institution m'interdisaient de le faire. Le protocole suivi pour notre Rapport préliminaire est essentiel au bon équilibre des intérêts contraires que nous sommes légalement tenus de négocier. Nous ne pouvons pas œuvrer efficacement, ou même légalement, sans veiller à la confidentialité de l'information avant la parution d'un Rapport final, mais nous ne pouvons pas garantir l'exactitude d'un produit ou nous acquitter de nos obligations en vertu de l'article 18 (3) sans communiquer nos conclusions préliminaires. Notre protocole de Rapport préliminaire, remis en question dans cette affaire, est bien trop important pour être abandonné. Plus généralement, le Bureau de l'Ombudsman dépend en fin de compte de la coopération des autorités gouvernementales relevant de son champ de compétence. Si nous ignorions les cas apparents de non-coopération, notre travail s'en trouverait paralysé. Or le travail que nous faisons est tout simplement trop important, trop précieux pour les citoyens de cette province, pour laisser ceci se produire.

73 La deuxième option hypothétique aurait été de répondre par l'affirmative à l'invitation de la Ville d'Oshawa et de demander au Bureau de la Commissaire à

l'information et à la protection de la vie privée de tenter de négocier un accord. M. Potts nous a lancé cette invitation à plusieurs reprises, notamment dans son second courriel du 9 avril 2009 à M. Beamish, Commissaire adjoint. Mais comme M^{me} Pettigrew l'a expliqué à M. Potts, il serait inapproprié pour moi de négocier mon mandat avec toute autorité gouvernementale sous enquête, peu importe les négociateurs sélectionnés. En vertu de l'article 15 (3) de la *Loi sur l'ombudsman*, j'ai légitimement le pouvoir et la responsabilité de déterminer mes propres processus – et je l'ai fait dans le cas des Rapports préliminaires d'une façon qui me paraît essentielle pour notre capacité à nous acquitter de notre mandat. Céder ou compromettre ce pouvoir de quelque façon que ce soit constituerait une abdication de responsabilité.

74 En outre, même si un compromis était envisageable, il serait inapproprié pour moi d'inviter le Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée à déterminer ce compromis. Je respecte profondément la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. Comme moi, elle est officier de l'Assemblée législative. Son personnel travaille avec professionnalisme et compétence. Mais nous sommes tous deux des officiers indépendants de l'Assemblée législative et laisser le soin de régler cette affaire à un autre officier de l'Assemblée législative reviendrait à diminuer le pouvoir de mon Bureau. De plus, ce serait mettre les responsables du Bureau de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée dans une situation embarrassante, rien qu'en leur demandant de jouer un rôle de médiation². Ceci n'a jamais été une vraie option – et ne l'est pas.

75 La troisième option hypothétique aurait consisté à porter plainte à la police pour qu'elle enquête et détermine si des accusations devraient être portées contre les dirigeants de la Ville d'Oshawa. Des accusations criminelles ne doivent être portées qu'en dernier recours. La voie des poursuites devrait être évitée, sauf en cas de nécessité absolue. J'ai l'obligation en tant qu'Ombudsman de tenter de parvenir à une solution efficace et informelle. Bien sûr, l'existence même de l'article 27 indique que des accusations devraient être portées dans certains cas. À mon avis, cette affaire ne mérite pas qu'on porte des accusations sans avoir tenté auparavant d'en arriver à une solution plus souple en exposant au grand jour l'intransigeance de la Ville.

² Demander à la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de médier ou de trancher diffère, bien évidemment, de notre décision d'obtenir l'opinion de son Bureau pour déterminer si les Rapports préliminaires relevaient de la LAIMPVP. Si la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée avait conclu qu'ils relevaient de cette Loi, ceci devrait être résolu, probablement dans le contexte de la législation.

76 La quatrième option que j'avais était d'accepter l'invitation de la Ville d'Oshawa et de demander un jugement à la Cour divisionnaire, en vertu de l'article 14 (5), à propos de ma compétence. Voici ce que dit cet article :

(5) L'ombudsman peut demander à la Cour divisionnaire un jugement déclaratoire sur sa compétence, dans le cadre de la présente loi, en ce qui concerne un cas ou une catégorie de cas.

77 Cette disposition m'autorise à recourir aux tribunaux en cas de questions juridictionnelles. Elle ne m'impose pas de le faire. Je considère qu'il n'y a aucun mérite à suspendre une enquête et à me tourner vers la Cour divisionnaire pour confirmer un pouvoir de compétence qui est clair, j'en suis certain. Agir par voie de litige est long et coûteux. Mon Bureau a été créé en grande mesure pour restreindre le recours aux litiges. Accepter aisément de porter une affaire en cour, simplement parce qu'une autorité gouvernementale nie mon pouvoir de compétence, irait à l'encontre de l'éthos de mon Bureau. Troisièmement, il est inutile de résoudre cette question juridictionnelle par la voie des tribunaux. Vu la nature et le progrès de notre enquête, je n'ai pas besoin de la coopération ultérieure de la Ville d'Oshawa ou de ses agents pour parvenir à des conclusions pertinentes, justes et exactes. Les annales de nos communications avec la Ville et son avocat montrent clairement ce qui s'est passé. Les seuls éléments manquants sont des détails, et la possibilité pour la Ville d'Oshawa de donner réponse. Certes, il aurait été bon d'avoir les détails, mais je peux fort bien décrire les événements sans eux. Et l'occasion a été offerte à la Ville d'Oshawa de répondre à ce rapport. Bien sûr, cette affaire m'a ouvert les yeux. Nous avons donné aux responsables de la Ville la possibilité de venir au Bureau de l'Ombudsman pour prendre connaissance de la version préliminaire de ce rapport, à condition qu'ils signent un engagement formel de respecter les conditions de confidentialité. Le maire a décliné l'invitation mais a envoyé une lettre, nous demandant de la joindre au rapport – ce que nous avons fait.

78 Ma dernière option était donc d'achever l'enquête et de faire paraître ce rapport.

L'analyse des conclusions de l'enquête

79 La Ville d'Oshawa a manqué à son obligation de coopérer avec mon Bureau. Elle l'a fait en ne respectant pas les conditions dans lesquelles un exemplaire de mon Rapport préliminaire sur la réunion du Comité des services de développement,

tenue le 22 mai 2008, lui avait été remis et elle l'a fait en refusant de coopérer à cette enquête sur ce manquement apparent.

La violation des obligations relatives au Rapport préliminaire

80 La Ville d'Oshawa a manqué à son obligation de coopération en violant les conditions attachées à la remise du Rapport préliminaire. En fait, elle a manqué à son obligation de respecter trois des quatre mesures précises conçues pour protéger la confidentialité de ce Rapport préliminaire auxquelles la Ville avait acquiescé.

81 Premièrement, la Ville n'a pas dédié un dossier séparé à notre Rapport préliminaire pour garantir qu'il reste considéré à ma garde et ne fasse pas partie des dossiers municipaux. Comme l'a reconnu M. Potts dans son deuxième courriel du 9 avril 2009 à M. Beamish, Commissaire adjoint, la Ville « a ignoré » cette condition. En fait, la conduite de la Ville va tellement à l'encontre du respect de cette obligation, faite pour reconnaître que le Rapport préliminaire reste la propriété de l'Ombudsman, que la Ville affirme maintenant que ce Rapport préliminaire est son document.

82 Deuxièmement, la Ville n'a pas respecté la condition stipulant que le Rapport préliminaire ne soit ni marqué, ni copié. M. Potts a dit à M. Beamish, Commissaire adjoint, que « quelques copies du rapport avaient été faites et communiquées aux membres du personnel ». Nous ignorons le nombre exact de copies qui ont été faites, mais M. Potts a assurément donné à M^{me} Pettigrew l'impression qu'il existait plus que « quelques » copies. Le 2 avril 2009, il lui a dit que « normalement, on fait 11 ou 12 copies ».

83 Troisièmement, en dépit de mes demandes répétées, la Ville ne nous a pas rendu ce Rapport préliminaire, alors qu'il était stipulé qu'elle devait le faire dans les 30 jours suivant sa réception.

84 La Ville ne peut pas plaider l'ignorance ou l'erreur pour expliquer ces violations. Les conditions étaient claires et évidentes. Le maire Gray en avait pris connaissance lors de sa conversation personnelle avec M^{me} Pierre, de notre Bureau. De plus, ma lettre de couverture énonçait ces conditions et expliquait leurs raisons. Le document lui-même était marqué « Confidential – Propriété de l'Ombudsman / Ne pas marquer, ne pas copier ». Ces violations n'étaient pas accidentnelles. La Ville d'Oshawa a simplement décidé d'ignorer nos conditions ainsi que nos demandes répétées de conformité.

Les violations relatives au dossier distinct et à la non-copie

85 Une explication des deux premières violations a été fournie par M. Potts à M. Beamish. Il a dit :

Les conditions nous enjoignant de garder le rapport dans un dossier séparé et de ne pas faire de copies allaient à l'encontre de l'objectif dans lequel cette ébauche de rapport avait été remise à la Ville. C'est pourquoi ces conditions ont été ignorées.

86 Ces conditions n'étaient nullement impossibles. Jamais auparavant nous ne les avons vu violées. M. Potts a mieux cerné leur nature quand il s'est plaint à M^{me} Pettigrew qu'elles étaient « difficiles ». Mais les inconvénients créés par les conditions à l'autorité gouvernementale sont le prix à payer pour protéger la confidentialité de l'information et pour équilibrer les considérations conflictuelles en vertu de la *Loi sur l'ombudsman*. Personne de la Ville ne nous a jamais appelés pour se plaindre et pour nous dire que les conditions étaient impossibles, ou pour nous demander la permission spéciale de faire un nombre limité de copies à diffusion restreinte. La Ville a arbitrairement décidé que les conditions étaient gênantes et les a tout simplement ignorées parce qu'elles lui déplaisaient.

Le manquement à renvoyer le Rapport préliminaire et ses copies

87 Le manquement à renvoyer le Rapport préliminaire et ses copies exige une évaluation plus complexe.

88 L'origine de ce manquement le plus grave aux obligations est la suivante : le ton du Rapport final n'a pas plu au maire Gray. Il est clair, d'après les événements, qu'après s'être plaint à M^{me} Pettigrew de la manière dont le Rapport final le présentait, le maire a parlé à M. Potts – qui a pris la défense de la cause. M. Potts s'est dit que le maire Gray voulait peut-être utiliser le Rapport préliminaire pour défendre la manière dont il y avait répondu, comme indiqué dans le Rapport final. Il a jugé que ce Rapport préliminaire était nécessaire pour « tout mettre en contexte ». Il a dit à M^{me} Pettigrew que « dans ces circonstances une question avait été soulevée quant à la publication du Rapport préliminaire ».

89 Je suis convaincu que M. Potts croit honnêtement que nos demandes de renvoi du Rapport préliminaire sont déraisonnables. Il est clair d'après les conversations et la

correspondance qu'il considère injuste que le Rapport final décrive la réponse du maire Gray au Rapport préliminaire, mais que notre protocole prive le maire Gray de sa possibilité de faire référence au document pour se défendre contre tout jugement adverse que sa réponse, consignée dans le Rapport final, pourrait éliciter.

90 En réponse à ces préoccupations, je dirais trois choses :

91 Premièrement, les processus que nous suivons pour le Rapport préliminaire ne seront jamais parfaits. Ils ne peuvent pas l'être. Ils résultent d'une tentative de compromis entre des considérations conflictuelles. Ils constituent une forme d'accommodement entre l'immunité conférée par l'article 24 (3) de la *Loi sur l'ombudsman* et mon devoir de confidentialité en vertu de l'article 12 (1), d'une part, et mon obligation en vertu de l'article (18) (3) de donner un vrai droit de réponse à ceux contre lesquels des rapports ou des recommandations adverses pourraient être faits, ainsi que mon obligation plus générale de fonder mes rapports sur des renseignements exacts, d'autre part. Le fait que ce processus soit imparfait ne justifie nullement son non-respect. Ce protocole a été élaboré comme l'un des processus légaux créés en vertu de l'article 15 (3) de la *Loi sur l'ombudsman*. Je suis autorisé à élaborer ces processus et ce Bureau est en droit, de par la loi, de les faire respecter et de veiller au manquement de leur respect quand d'autres les désapprouvent.

92 Deuxièmement, quoi que puissent penser M. Potts, le maire Gray ou quiconque de la Ville d'Oshawa quant à la manière dont ces processus ont fonctionné dans cette affaire, le maire et la Ville avaient accepté de les respecter. Le maire Gray a été informé, avant l'envoi de ce Rapport préliminaire, des conditions attachées à sa remise. Il n'y a fait aucune objection et il a indiqué qu'il les comprenait. Le Rapport préliminaire a été accompagné d'une lettre de couverture énonçant les conditions de son envoi. Si ces conditions avaient été inacceptables, le Rapport préliminaire aurait dû nous être retourné, sans être lu, ou la situation aurait dû être discutée avec l'Ombudsman. Il est déshonorables, rien de moins, d'avoir implicitement offert de s'engager au départ, puis d'avoir ignoré ces engagements par irritation ou par désapprobation face à la tournure des événements.

93 Troisièmement, il est vraiment difficile de croire les explications avancées pour justifier la décision de piratage de notre rapport par la Ville. Ces explications prennent la forme d'arguments faciles, de positions expéditivement adoptées en vue d'un résultat souhaité – soit la volonté de garder le contrôle du Rapport préliminaire au cas où il pourrait être utile afin de défendre le maire contre toute critique publique – au lieu de donner des raisons essentielles de ne pas vouloir le renvoyer. Trois éléments laissent une impression de jeux juridiques opportunistes.

94 Le premier est celui des changements d'arguments juridiques avancés par M. Potts pour affirmer que la loi interdit à la Ville d'Oshawa de renvoyer le Rapport préliminaire. Quand nous avons demandé pour la première fois le renvoi de ce document le 26 mars 2009, voici ce que M. Potts a suggéré, comme l'a noté M^{me} Pettigrew : « Il a dit qu'il se pourrait que la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée considère qu'il s'agit d'un dossier de la Ville en vertu de la *LAIMPVP* (*Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*) qui doit être conservé par elle. » À 16 h 18 le 30 mars 2009, M. Potts a laissé un message dans la boîte vocale de M^{me} Pettigrew, lui disant :

« [L]a raison pour laquelle je vous ai appelée est d'envisager la possibilité qu'une tierce partie contraine la Ville à prendre une décision dans sa capacité de « personne responsable » conformément à la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, ce qui nous amène à considérer ce qu'est un document, si nous avons la garde d'un document... Il se pourrait que le Bureau de l'Ombudsman ne puisse pas nous contraindre à ne pas nous conformer à la *LAIMPVP*. »

95 Il n'a aucunement fait référence alors à la *Loi de 2001 sur les municipalités*, ou au règlement municipal sur la rétention des documents. Ce qui le préoccupait, c'était uniquement la *LAIMPVP*.

96 Environ une heure plus tard, M. Potts a envoyé un courriel à M^{me} Pettigrew. Ce courriel mentionnait le règlement municipal sur la rétention des documents, mais en aparté. Ce message était dédié à la *LAIMPVP* et à la manière dont l'obligation de transparence conférée à la Ville par la *LAIMPVP*, de même que son obligation de divulgation à la suite d'une requête en vertu de la *LAIMPVP*, pouvaient influer sur la capacité juridique de la Ville à se conformer aux conditions de l'Ombudsman.

97 Quand M. Potts a parlé à M^{me} Pettigrew peu après ce courriel, c'était encore une fois uniquement à propos de la *LAIMPVP*.

98 Quelques jours plus tard, après l'annonce de l'enquête de l'Ombudsman sur la non-coopération de la Ville, la *LAIMPVP* est restée un thème central de la tentative d'explication donnée par M. Potts à propos de l'impossibilité de renvoyer le document. Dans sa conversation du 2 avril avec M^{me} Pettigrew, c'est de la *LAIMPVP* qu'il s'est agi principalement. Certes, M. Potts a dit « qu'il était d'avis qu'en raison des dispositions de rétention des documents de la *LAIMPVP* et du règlement municipal de la Ville à ce sujet, le Rapport préliminaire relevait maintenant de la garde et du contrôle de la Ville et ne pouvait pas être renvoyé

comme requis », mais il est revenu à l’obligation de la *LAIMPVP* à la fin de la conversation, disant qu’il ne pouvait pas renvoyer le Rapport préliminaire car ce renvoi « contreviendrait à la *LAIMPVP* ».

99 Mais M. Potts a radicalement changé de position quand le Commissaire adjoint Brian Beamish a déclaré sans équivoque que « rien dans la *LAIMPVP* n’empêche une municipalité de rendre à l’Ombudsman une copie d’une ébauche de rapport, ou n’empêche une municipalité de respecter les conditions imposées par [le bureau de l’Ombudsman] ». La bulle de la *LAIMPVP* ayant éclaté, le temps était venu de faire du révisionnisme. M. Potts est allé jusqu’à dire que la *LAIMPVP* n’était pas « la question en jeu entre les parties ». Il a dit :

La Ville a uniquement entamé une discussion avec le Bureau de l’Ombudsman à propos de la *LAIMPVP* dans la mesure où une tierce partie pourrait, à un moment donné, soumettre une requête d’accès à l’information... Une fois de plus, l’intention de la Ville a toujours été de se conformer à toutes ses obligations, y compris son obligation immédiate de garder ce document conformément à la *Loi de 2001 sur les municipalités* et à son propre règlement sur la rétention des documents.

100 C’est clair, quand la jument de la *LAIMPVP* qu’il chevauchait a été abattue sous lui, M. Potts a vite changé de cheval et a sauté sur le pauvre poney du règlement municipal qui trottait derrière la *LAIMPVP*. Puis il a nié avoir chevauché la jument de la *LAIMPVP*.

101 Le deuxième symptôme de raisonnement expéditif est l’échange que M. Potts a eu avec M^{me} Pettigrew le 2 avril à propos des conditions de confidentialité imposées par l’Ombudsman. Quand elle a discuté avec lui le droit de rétention des documents qu’aurait la Ville, M. Potts lui a dit que nous aurions dû confirmer les conditions de confidentialité au maire Gray avant d’envoyer le Rapport préliminaire. Ce commentaire laissait entendre que ce point aurait compté. Et bien sûr, il devrait compter. Comment la Ville peut-elle affirmer qu’elle a l’obligation légale de manquer à un engagement pris par son maire à titre de condition de remise d’un document? Quand M. Potts a appris que nous avions avisé le maire avant de remettre le Rapport préliminaire, il a vite lâché cet argument et il est revenu à la *LAIMPVP*.

102 Le troisième symptôme montrant que la Ville d’Oshawa cherche à la va-vite tout argument juridique possible pour défendre sa conduite provient des affirmations juridictionnelles sans mérite qu’elle avance en opposition à notre enquête. La Ville semble décocher toutes flèches qu’elle parvient à tirer de son carquois pour éviter

d'admettre qu'elle a tout simplement manqué à son obligation de coopérer, mais ses flèches sont sans pointe.

103 En fin de compte, peu importe si la Ville d'Oshawa en général ou M. Potts en particulier avance simplement des arguments faciles. Ils sont dans l'erreur. Les arguments de la *LAIMPVP* ont été sapés par l'opinion de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. Bien sûr, ces arguments n'ont jamais eu aucun mérite. Notons que les documents d'un ombudsman municipal sont légalement exemptés de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, en vertu de l'article 223.15 (3) de la *Loi de 2001 sur les municipalités*. Il en est ainsi bien qu'ils soient des ombudsmen municipaux. Cette disposition existe pour garantir le respect de la disposition de confidentialité à l'article 223.15 (1). Il n'y a pas d'exemption similaire expresse à la *LAIMPVP* pour l'Ombudsman de l'Ontario pour une raison bien simple : la *LAIMPVP* ne s'applique pas à son Bureau. Bien sûr, si l'Assemblée législative reconnaît que les documents utilisés par un ombudsman municipal ne sont pas soumis à la *LAIMPVP* pour protéger l'information privilégiée des témoins, les documents utilisés par l'Ombudsman de l'Ontario ne sont pas soumis à la *LAIMPVP* non plus, pour la même raison. Dans ce contexte, il est futile d'affirmer qu'une municipalité est légalement tenue, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, de s'emparer et de garder des documents confidentiels non-soumis à la *LAIMPVP* que l'Ombudsman lui a remis conditionnellement dans le cadre d'une de ses enquêtes.

104 Comme la non-application de la *LAIMPVP* est claire, la position sur laquelle est retombé M. Potts – disant que les dispositions de rétention des documents de la *Loi de 2001 sur les municipalités* et du règlement municipal de la Ville d'Oshawa, adopté conformément à la Loi, faisaient du Rapport préliminaire prêté à la Ville par l'Ombudsman un document de cette Ville – est tout simplement intenable. Il est contre-intuitif de suggérer que les dispositions de rétention des documents de la *Loi de 2001 sur les municipalités* reposent sur un concept différent des documents municipaux que la *LAIMPVP*. Il est clair que les dispositions pertinentes sont censées concorder. Les dispositions sur les « documents » de la *Loi de 2001 sur les municipalités* sont les articles 253 et 254. L'article 253 (1) stipule ceci : « Sous réserve de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, quiconque peut, à toute heure raisonnable, examiner les documents dont le secrétaire a le contrôle. » L'article 254 (1) stipule donc qu'une municipalité « conserve et préserve ses documents... dans un lieu sûr et sur un support accessible ». Si des documents ne sont pas des documents au sens donné par la *LAIMPVP*, les dispositions de la *Loi de 2001 sur les municipalités* ne s'appliquent pas à eux.

105 Enfin, il y a ce point essentiel sous-jacent. Le Rapport préliminaire n'a jamais été remis à la Ville pour qu'elle se l'approprie. Il a été prêté à la Ville. Il lui a été remis uniquement après une explication claire du fait que c'était la propriété de l'Ombudsman. Il a été envoyé conditionnellement.

106 Je comprends que, comme l'affirme M. Potts, le Rapport préliminaire a été utilisé par la Ville et par ses dirigeants, puis cité en référence dans des documents municipaux, comme la réponse du maire. Mais ceci ne peut en rien changer la propriété du Rapport préliminaire logiquement. Accepter la position maintenant avancée par M. Potts, ce serait convenir que personne ne peut remettre un document à un dirigeant municipal pour qu'il l'examine sans que ce document ne devienne un document municipal – peu importe les conditions attachées à son prêt et peu importe les engagements clairs ou implicites pris à son sujet.

107 En raison des conditions attachées à son prêt – conditions qui ont été acceptées – le Rapport préliminaire n'a jamais été un document « dont le secrétaire a le contrôle ». Son prêt dépendait des conditions attachées à son envoi. Ce n'est en aucun cas un document municipal, et dire le contraire est un argument artificiel.

Le manquement à coopérer à l'enquête d'inconduite

108 La Ville d'Oshawa n'a pas demandé à son personnel de participer aux entrevues durant cette enquête. Bien au contraire. Elle a déclaré que nous n'avions pas le pouvoir d'enquêter. De plus, elle n'a pas répondu à la demande de documentation faite par M. Jones. Il est clair qu'elle n'a pas coopéré à cette enquête sur son inconduite. Pour éviter de le faire, elle a eu recours à des arguments juridictionnels qui ne tiennent pas vraiment debout. Ces arguments ne présentent aucun mérite et ils sont discrédités par les nombreux changements de position juridique adoptée pour faire opposition à l'obligation qu'a la Ville d'Oshawa de rendre le Rapport préliminaire.

Pourquoi tout ceci est-il important?

109 Deux éléments rendent cette triste histoire particulièrement offensante. Le premier, c'est que mon Bureau dépend complètement de la persuasion morale et de la coopération pour faire son travail. Les citoyens de cette province bénéficient considérablement du travail que nous faisons. Nous réglons de vrais problèmes et nos services sont efficaces et peu coûteux. Voir un si grand manque de respect

envers ce Bureau est décourageant. Si j'avais décidé de l'ignorer, ce manque de respect aurait pu devenir contagieux. C'est pourquoi j'ai choisi de l'exposer à la lumière du jour en espérant que ce Bureau n'aura plus jamais à connaître une telle intransigeance.

110 Le second élément qui rend cet épisode profondément troublant est le suivant : la Ville d'Oshawa n'avait pas à accepter mon pouvoir d'enquêter sur les plaintes concernant ses réunions à huis clos. Elle a choisi de le faire. Elle a décidé de recourir à mon pouvoir de compétence, en décidant de ne pas désigner son propre enquêteur interne. Quand une municipalité choisit de recourir aux services de mon Bureau, elle devrait avoir le professionnalisme de respecter mes processus. Elle ne devrait pas essayer de profiter des services de mon Bureau dans ses propres termes. Si une municipalité souhaite contrôler les processus d'enquête sur ses réunions à huis clos, elle devrait saisir l'occasion que lui donne la *Loi de 2001 sur les municipalités* pour le faire, au lieu de discréditer mon Bureau et de lui manquer de respect. Si une municipalité veut un enquêteur sans mordant pour les plaintes sur ses réunions à huis clos, elle devrait désigner un enquêteur de son choix. Si elle décide de s'en remettre à l'Ombudsman de l'Ontario, elle devrait accepter le tout.

Opinion

111 La Ville d'Oshawa a manqué à son obligation de coopérer à l'enquête entreprise pour déterminer si la Corporation de la Ville d'Oshawa s'était conformée aux conditions attachées à la remise d'un exemplaire de mon Rapport préliminaire sur la réunion spéciale du Comité des services de développement tenue le 22 mai 2008. Elle l'a fait en ignorant les conditions qu'elle avait acceptées, qui lui enjoignaient de conserver le Rapport préliminaire dans son propre dossier. Elle l'a fait en ignorant l'interdiction de faire des copies et de les diffuser. Et elle continue de le faire en refusant de nous rendre le Rapport préliminaire et les copies faites par elle. Cette conduite est contraire à la loi, déraisonnable et erronée.

112 La Ville d'Oshawa a manqué à son obligation de coopérer à l'enquête entreprise pour déterminer si la Corporation de la Ville d'Oshawa avait omis de respecter les conditions attachées à la remise d'un exemplaire de mon Rapport préliminaire sur la réunion spéciale du Comité des services de développement tenue le 22 mai 2008. Elle l'a fait en refusant de libérer les dirigeants municipaux pour des entrevues et en refusant de nous fournir les documents que nous avions demandés. Cette conduite est contraire à la loi, déraisonnable et erronée.

113 Par conséquent, je fais la recommandation suivante et cette observation formelle :

Recommandation

114 La Ville d'Oshawa devrait retourner le Rapport préliminaire sur l'enquête relative à la réunion spéciale du Comité des services de développement de la Ville d'Oshawa, tenue le 22 mai 2008, ainsi que toutes les copies qui en ont été faites.

Observation formelle

115 Les municipalités qui font appel au pouvoir de compétence de l'Ombudsman de l'Ontario devraient comprendre qu'en invitant l'Ombudsman de l'Ontario à mener des enquêtes sur leurs réunions à huis clos, elles s'en remettent à tous les pouvoirs, procédures et processus licites de l'Ombudsman de l'Ontario et qu'elles devraient respecter ces pouvoirs, procédures et processus licites en s'y conformant.

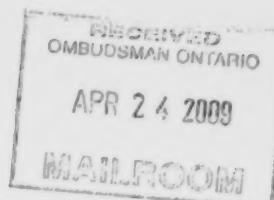


André Marin
Ombudsman de l'Ontario

**Réponse de la Ville d'Oshawa,
24 avril 2009**



OSHAWA
ONTARIO, CANADA



OFFICE OF THE MAYOR

CITY OF OSHAWA.
50 CENTRE STREET SOUTH
OSHAWA, ONTARIO
L1H 3Z7

TELEPHONE (905) 436-5800
FAX (905) 436-3884
EMAIL: jgray@oshawa.ca

MAYOR JOHN GRAY

April 24, 2009

André Marin, Ombudsman
Bell Trinity Square
483 Bay St., 10th Floor, South Tower
Toronto, ON M5G 2C9

Dear Sir:

Re: New Investigation – Retention of Preliminary Report re Development Services Committee Closed Education Session of May 22, 2008

Thank you for your letter received yesterday afternoon. It is not feasible to personally attend at your Toronto office, view and provide comments on the document referenced in your letter by 5:00 pm this afternoon. If you wish the City to review a document, please convey it at your convenience and we will respond at the earliest opportunity.

The following documents are attached to this letter:

1. Apr 23/08 letter: Marin/Gray
2. Apr 14/09 e-mail: Potts/Pettigrew
3. Apr 9/09 e-mail: Potts/Beamish (cc Pettigrew)
4. Apr 2/09 e-mail: Potts/Pettigrew
5. Apr 1/09 e-mail: Potts/Pettigrew
6. Mar 31/09 e-mail: Marin/Gray

With respect, the Ombudsman is without jurisdiction to have continued or to have commenced an investigation respecting the City's obligation to retain the Ombudsman's preliminary report concerning the Development Services Committee's Closed Education Session of May 22, 2008 ("Preliminary Report"). The reasons are summarized in Attachment 2 under the heading, "2. Jurisdiction".

The City is obliged to retain the Preliminary Report pursuant to the *Municipal Act, 2001* and the City's records retention by-law. The reasons are summarized in Attachment 2 under the heading, "1. Records Retention", and expressed elsewhere in the attachments.

The City has no objection in the event that the Ombudsman chooses to publish the Preliminary Report. Rather, its publication will assist readers to better understand the comments in my letter dated Feb 17/09 respecting the Preliminary Report.

If the Ombudsman's office is determined to proceed with the publication of a fresh report without having had questions of jurisdiction resolved by the Divisional Court, I respectfully request that this letter and its attachments also be published to ensure that our communications are transparent and are accurately represented.

Respectfully,

John Gray
Mayor

cc: City Manager
cc: City Clerk
cc: City Solicitor

04/23/2009 13:21 4165863586

OMBUDSMAN ONTARIO

Attachment #1

PAGE 02/82



André Marin
OMBUDSMAN



23 April 2009

His Worship Mayor John Gray
The Corporation of the City of Oshawa
50 Centre Street South
Oshawa, ON
L1H 3Z7

Dear Mayor Gray:

I have concluded my investigation into the apparent failure of the Corporation of the City of Oshawa to abide by the conditions under which a copy of my Preliminary Report on the Development Services Committee Closed Education Session of May 22, 2008, was provided to you.

My preliminary report prepared with respect to this investigation, may be viewed at my Offices, provided that a formal written undertaking is signed confirming agreement with the conditions under which review of the preliminary report is permitted. Reasonable alternative arrangements for viewing the document will also be considered.

The City has until 5:00 p.m. Friday, April 24, 2009, to make representations to me regarding my preliminary report.

Please contact Ms. Laura Pettigrew, Senior Counsel, at 416-586-3325, to make arrangements for viewing the preliminary report.

Yours truly,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "André Marin".

André Marin
Ombudsman

COPY:
CITY MANAGER
CITY CLERK
CITY SOLICITOR

25/4/09.

Bell Trinity Square
483 Bay Street, 10th Floor, South Tower, Toronto, ON M5G 2C9
483, rue Bay, 10^e étage, Tour Sud, Toronto (Ontario) M5G 2C9
TEL/FAX: 416-586-3347
e-mail: andrea.marin@ombudsman.on.ca; 416-586-3506; TTY/ATS: 1-866-411-4211
www.ombudsman.on.ca

Attachment #2

From: David Potts
Sent: Tuesday, April 14, 2009 11:24 AM
To: 'Laura Pettigrew'
Subject: New Investigation re Ombudsman's Draft Report
Ms. Pettigrew:

Thank you for your e-mail.

1. Records Retention

The City's good faith efforts to assist the Ombudsman's staff's understanding of municipal records retention obligations have been unhelpful. Specifically, as most recently evidenced by Ms. Finlay's letter to IPC, the Ombudsman's staff continue to confuse a municipality's obligations in response to an MFIPPA access request with a municipality's obligations to retain records pursuant to the *Municipal Act, 2001* and a municipality's records retention by-law. The City has not, as claimed in your e-mail below, "cited its legal obligation to retain documents under MFIPPA". Rather, in respect of its obligation to retain records, the City has consistently cited the *Municipal Act, 2001* and its records retention by-law. Without limitation, please refer to the writer's e-mails of March 30, April 1, April 2 and April 9.

I understand that Assistant Commissioner Beamish is prepared to request IPC legal counsel to assist the Ombudsman's staff. It is, however, clear that the Ombudsman's staff are disinclined to seek that assistance.

2. Jurisdiction

*The Ombudsman is without jurisdiction to continue or to commence an investigation respecting the City's obligation to retain the Ombudsman's draft report. Specifically, the Ombudsman's investigation respecting Oshawa Development Services Committee's closed education session of May 22 was concluded by the Ombudsman's delivery of his final report on March 24. Further, there is no "person or body of persons in his, her or its personal capacity" that has been affected by the City's retention of the draft report pursuant to the *Municipal Act, 2001* and its records retention by-law.*

Further, the Ombudsman has advised that the investigation relates to an offence under s. 27 of the *Ombudsman Act*. The purpose of any such investigation is inconsistent with the protections afforded by subsection 19(6) of that Act.

As suggested on April 2, questions respecting the Ombudsman's jurisdiction should be referred to the Divisional Court. Only the Ombudsman has standing to initiate that proceeding. The City will fully cooperate including the writer's acceptance of service of any originating process.

3. Publication of Final Report

It is anticipated that the Ombudsman's final report will be made public by transmittal to an open session of Oshawa Council and, perhaps, by publication on the City's website along with the Mayor's letter dated February 17 redacted to the extent of the individuals' names in the penultimate paragraph on page 2 of that letter. This is likely to occur after April 27 which is the next regularly scheduled Oshawa Council meeting.

Any inquiries or communications respecting the City's rights or obligations should be referred to the writer.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa
t (905) 436 3854
f (905) 436 5689
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

-----Original Message-----

From: Laura Pettigrew [mailto:lpettigrew@ombudsman.on.ca]
Sent: Monday, April 13, 2009 9:39 AM
To: David Potts
Subject: Oshawa Development Services Committee Closed Education Session of May 22, 2008

Dear Mr. Potts:

I wish to clarify for you in light of your emails to Mr. Beamish that we do not feel it is necessary to engage in a tele-conference with Mr. Beamish or IPC legal staff. As you will see from Ms. Finlay's letter and the IPC's opinion, the Ombudsman as an Officer of the Legislature, requested that the Commissioner provide him with an opinion on whether there is any requirement under MFIPPA for municipalities to retain a copy of a draft report forwarded to them by the Ombudsman as part of his investigative process. A copy of the IPC's opinion in response to that request was provided to you.

As Ms. Finlay noted in her letter, the City of Oshawa clearly cited its legal obligation to retain documents under MFIPPA in response to the Ombudsman Office's attempts to recover the Ombudsman's preliminary report and any unauthorized copies that the City may have made. This report was provided to the City pursuant to specific direction from the Ombudsman on February 2, 2009, including that the report be returned.

The Ombudsman's Office is not seeking the IPC to mediate the return of the Ombudsman's preliminary report and it is our view that it would be inappropriate to do so. The report was provided to the City pursuant to specific direction by the Ombudsman. The City's continued refusal to abide by the Ombudsman's direction has the potential to impair the integrity of our investigative process, which is not negotiable.

We cannot accept your additional claims that the Municipal Act, 2001 or Oshawa's Records Retention by-law prevent the City of Oshawa from complying with the Ombudsman's direction.

Our Office has attempted to be reasonable in its discussion of your concerns. You have however continued to refuse to accept that your client is bound by the Ombudsman's direction, which was clearly explained to the Mayor and set out in writing when the City was provided with the Ombudsman's preliminary report. As Oshawa has not returned the Ombudsman's preliminary report and all copies of it made by the City, we have no choice but to resume our investigation. Our

investigators will be in contact with City officials to begin their interviews and we expect their full cooperation.

Yours truly,

Laura Pettigrew
Senior Counsel

Attachment #3

From: David Potts
Sent: Thursday, April 09, 2009 2:44 PM
To: 'brian.beamish@ipc.on.ca'
Cc: 'Laura Pettigrew'
Subject: RE: Ombudsman Investigation re draft report re closed meetings investigation

Attachments: AR-M355N_20090403_133133-2-1.pdf; Ombudsman ltr.pdf

Mr. Beamish:

I've now been provided with Ms. Finlay's letter dated April 3, 2009.



AR-M355N_20090403_133133-2-1.pdf

We note that Ms. Finlay's inquiry was, in fact, scoped to "whether there is any requirement under the *Municipal Freedom of Information and Privacy Act* for municipalities to retain a copy of a draft report forwarded to them by the Ombudsman as part of his investigative process". Your letter responds to that question. However, as noted below, that does not appear to be the issue between the parties.

In determining that the preliminary report is a record that is subject to retention obligations imposed by the *Municipal Act, 2001* and the City's Records Retention By-law, consideration has been given to relevant matters including:

1. On Feb 2/09, the Ombudsman delivered a preliminary draft report to the City for the purpose of providing comments to be considered by the Ombudsman before issuing his final report.
2. A few copies of the report were made and circulated to those City staff or Councillors whose input was relevant to the Ombudsman's request for comments. The conditions to maintain in a separate file and to not make copies were inconsistent with the purpose for which the draft was delivered to the City. Accordingly, these conditions were disregarded.
3. By letter dated Feb 17/09, the City responded to the Ombudsman's request for comments. The City's comments were prepared on the basis of the copies of the draft report and internal discussions respecting its contents. The City files of those participating in this process (including the writer) are meaningless without the draft report to which the comments respond.
4. The final report was amended to respond to certain of the City's comments.
5. The City's comments are referenced in the final report as "Response of the Council of the City of Oshawa".
6. The Ombudsman Office has advised that the City's response to the draft report may be released and that the City may "speak to the Ombudsman's investigation".

The City has only engaged the Ombudsman's office in a discussion about MFIPPA to the extent that a third party may, at some point, submit an access request. For example, the City has inquired of the Ombudsman's office as to whether it considers itself an agency of the Government of Ontario for the purpose of the government relations exemption prescribed by paragraph 9(1)(d).

Again, the City's intention throughout has been to comply with all of its obligations including its immediate obligation to retain the subject record pursuant to the *Municipal Act, 2001* and its Records Retention By-law.

In the circumstances, we will proceed on the assumption that your response to Ms. Finlay was not intended to suggest that the City is compelled to return all copies of the draft report and that your response was not intended to address the City's obligations pursuant to the *Municipal Act, 2001* or its Records Retention By-law.

We remain willing to engage counsel for the Ombudsman in a joint discussion with IPC counsel if the Ombudsman's office determines that it may be helpful to do so including on an off-record, confidential basis. If so, IPC's contribution to that discussion will be helpful and appreciated.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa
t (905) 436 3854
f (905) 436 5689
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

From: David Potts
Sent: Thursday, April 09, 2009 1:03 PM
To: 'brian.beamish@ipc.on.ca'
Cc: 'Laura Pettigrew'
Subject: Ombudsman Investigation re draft report re closed meetings investigation

Mr. Beamish:
Further to my voicemail, attached is a letter dated Apr 9/09 from Barbara Finlay to which is attached your letter of same date to Ms. Finlay.



Ombudsman ltr.pdf
(129 KB)

It was the City's suggestion to involve IPC and the writer's expectation that we would jointly engage our IPC colleagues in a discussion respecting the matter. However, we've not been given the opportunity to participate in any communications between the Ombudsman's Office and IPC. Accordingly, I've e-mailed Ms. Pettigrew requesting a copy of the letter dated Apr 3/09 (and any attachments to it) referenced in your letter so that I may better understand how the issue has been presented to IPC and so that I may properly advise Oshawa.

In the interim, we note that the opinion in the penultimate paragraph of your letter is scoped to MFIPPA requirements respecting retention. However, discussions respecting MFIPPA have only arisen in relation to the potential applicability of paragraph 9(1)(d) in the event of an access request. MFIPPA has not been cited as an impediment to returning all copies of the draft report. It's unclear whether your office has been requested to consider the City's records retention obligations arising under the *Municipal Act, 2001* or the City's Records Retention By-law. However, it is clear that the Ombudsman's Office is interpreting your opinion as compelling the City to return all copies of the preliminary report without retaining copies under threat of a fresh investigation.

In the circumstances, I would greatly appreciate if you'd contact me at your very earliest convenience. Preferably, your legal staff, Ms. Pettigrew and I will engage in one conversation, perhaps by telephone conference.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa
t (905) 436 3854
f (905) 436 5680
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

Attachment #4

From: David Potts
Sent: Thursday, April 02, 2009 7:54 PM
To: 'Laura Pettigrew'
Subject: New investigation re Ombudsman's preliminary report
Ms. Pettigrew:

Thank you for calling me in response to my voicemail. I called after being advised that investigators from the Ombudsman's office were planning to attend at the City's offices tomorrow to interview individual members of staff in relation to the new investigation referenced in the Ombudsman's Mar 31/09 letter. When I was unable to reach you, I contacted the two investigators and requested that they put you in touch with me.

I was pleased for the opportunity to discuss these issues directly with you as a continuation of the City's good faith efforts to comply with all of its legal obligations. The following comments are limited to what appears to be the key, preliminary issue. They're provided in good faith, "on record" and intended to encourage a resolution which may also resolve the remaining issues set out in my e-mail of Apr 1/09.

1. As noted in earlier communications, it is the City's view that the Ombudsman's preliminary report is a record in the City's custody or control. A copy of it was delivered by the Ombudsman to the City for the purpose of preparing a response. The Ombudsman subsequently received, apparently considered and ultimately referenced the City's response in his final report. Clearly, it was intended that the City act on the preliminary report and it did so pursuant to the Ombudsman's request after receiving from the Ombudsman the preliminary report.
2. The City is obliged to retain records in its custody or control. The Ombudsman's direction to return it (and any copies) is contrary to the City's obligations respecting records in its custody or control.
3. Whether the preliminary report is a record in the City's control or power is related to the Ombudsman's jurisdiction to investigate. This issue should, therefore, be settled or determined without delay.
4. If you and I are unable to resolve this preliminary legal issue, I've suggested that we invite our legal colleagues in the Office of the Information and Privacy Commissioner/Ontario (or other mutually acceptable access/privacy experts) to consult with us.
5. If the issue remains unresolved, it should be referred to the Divisional Court pursuant to subsection 14(5) of the Act (along with any remaining unresolved and relevant issues respecting jurisdiction including those identified in the writer's e-mail dated Apr 1/09 and in your e-mail below).
6. *The Ombudsman's investigators should be immediately requested to "stand down" pending the resolution of this issue.* I appreciate your undertaking to respond to this request at the earliest opportunity and I look forward to your confirmation.
7. The Ombudsman may be reassured that the City is treating the preliminary report as a record exempt from disclosure pursuant to paragraph 9(1)(d) of the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act ("MFIPPA")* and will continue to do so unless and until the issue is determined differently by the Information and Privacy Commissioner/Ontario in the context of a complaint or until the City reaches a different legal conclusion (with reasonable notice to the Ombudsman).
8. On the assumption that we *may* agree that the preliminary report is, in the circumstances, a record in the City's custody or control, we should presently turn our minds to the applicability

of paragraph 9(1)(d) of MFIPPA so that we'll be in a position to respond if/when a request for records is submitted. For that purpose, I'd appreciate if you'd respond to question 8 in the Apr 1/09 e-mail.

The City is in good faith attempting to comply with all of its legal obligations including those related to records in its custody or control. In fact, the Ombudsman's letter dated Mar 24/09 expresses appreciation for the City's cooperation shown during the course of the Ombudsman's recent closed meeting investigation. We are, of course, hopeful that the Ombudsman's office will reciprocate.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa
t (905) 436 3854
f (905) 436 5689
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

-----Original Message-----

From: Laura Pettigrew [mailto:lpettigrew@ombudsman.on.ca]
Sent: Thursday, April 02, 2009 5:37 PM
To: David Potts
Subject: Oshawa Development Services Committee Closed Education Session of May 22, 2008

Hi Mr. Potts,

I received your message, and Ciaran Buggle and Mary Jane Fenton also contacted me indicating that you had called them.

With respect to your question regarding the Ombudsman's authority to undertake the current investigation, while the substance of the investigation into the closed meeting complaints has concluded, the Ombudsman's process has not concluded, as the City's compliance with the conditions for dealing with the preliminary report is still outstanding.

Unlike other statutory decision makers, the Ombudsman has also been considered to have equitable jurisdiction allowing him to reopen an investigation. Our office maintains that it has authority to investigate whether a breach of the Ombudsman's procedural conditions has occurred.

Laura Pettigrew
Senior Counsel

Attachment #5

From: David Potts
Sent: Wednesday, April 01, 2009 12:26 PM
To: 'info@ombudsman.on.ca'
Subject: FW: Oshawa Development Services Committee Closed Education Session of May 22/08

Attachments: Marin ltr.pdf, Jones ltr.pdf, Ombudsman ltr.pdf

Laura Pettigrew
Senior Counsel, Office of the Ombudsman

Ms. Pettigrew:

I'm back in the office today and following up with respect to our recent communications. In the interim, the Ombudsman has written advising of his intention to undertake a further investigation and expressing his view that an offence may have been committed contrary to s. 27 of the Act. His letter and a letter from Gareth Jones, Director, Special Ombudsman Response Team dated Mar 31/09 are attached.



Marin ltr.pdf (46 KB)



Jones ltr.pdf (72 KB)

The letters raise new and important questions. So that I may properly advise council and staff, I'd appreciate clarification with respect to the following issues:

1. Was the Ombudsman's investigation respecting Oshawa Development Services Committee Closed Education Session of May 22 concluded by his delivery (and pending publication) of his final report attached to his transmittal letter dated Mar 24/09?
2. If the answer to question 1 is, "yes", what is the Ombudsman's authority for initiating the investigation referenced in the two letters d'ted Mar 31/09 (attached)?
3. If the answer to question 2 is s.14 of the Act, who is the "person or body of persons in his, her or its personal capacity" alleged to have been affected by the municipality's act or omission?
4. Does the Ombudsman intend to rely on information and records obtained during the course of his new investigation for the purpose of prosecuting the offence to which the Ombudsman's Mar 31/09 letter refers?
5. Paragraph 27(b) of the Act creates an offence for every "person who, [...] without lawful justification or excuse, refuses or wilfully fails to comply with any lawful requirement of the Ombudsman or any other person under this Act." Is this the alleged offence to which the Ombudsman's Mar 31/09 letter refers?
6. If the answer to 5 is, "yes", what is the "lawful requirement" under the Act with which it is alleged the City has failed to comply?
7. Is it the Ombudsman's position that the preliminary report attached to his transmittal dated Feb 2/09 is not a "record" in the municipality's "custody or control" for the purposes of section 4 of the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act ("MFIPPA")?
8. Is it the Ombudsman's position that his office is an agency of the Government of Ontario?

This and the e-mail below are good faith attempts to better understand the Ombudsman's position respecting the City's obligations including under MFIPPA. For example, if the Ombudsman's preliminary report is a "record" in the City's "custody or control", it may,

nevertheless, be exempt from disclosure pursuant to MFIPPA 9(1)(d) if the answer to question 8 is "yes". Accordingly, it seems that your timely consideration and response to these questions and to the e-mail below is warranted prior to any determination to proceed with a fresh investigation. Your response will also be appreciated so that I may properly advise Oshawa council and staff.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa
t (905) 436 3854
f (905) 436 5689
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

From: David Potts
Sent: Monday, March 30, 2009 5:01 PM
To: 'laura.pettigrew@ontario.ca'; 'info@ombudsman.on.ca'
Cc: Sandra Kranc
Subject: Oshawa Development Services Committee Closed Education Session of May 22/08

Ms. Pettigrew:

Thank you for your letter which follows our recent conversation respecting the Ombudsman's final report.



Ombudsman Itr.pdf
(162 KB)

As discussed, I contacted you in contemplation of a potential question respecting the City's obligations, if any, to disclose the Ombudsman's preliminary report if/when a request for records may be submitted by a third party pursuant to the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act (Ontario) (MFIPPA). The final report refers to the Mayor's comments which, in turn, refer to the preliminary draft so it's plausible that a request will be forthcoming and that the municipality will be required to determine its MFIPPA obligations as they may or may not apply to the preliminary report. The City must, therefore, first determine whether the preliminary report is a "record" to which MFIPPA and the City's records retention by-law apply. That determination may impact on the City's legal ability to comply with the Ombudsman's request where, as noted in your letter, the preliminary report was provided to the City by the Ombudsman's office. Your letter's reference to the principles of openness and transparency reflect the concern that a correct answer is also important with respect to the City's transparency obligations under MFIPPA.

As mentioned in my voicemail of this afternoon, I'm in the Court of Appeal tomorrow and Wednesday. I've copied City Clerk Services which has statutory and other delegated responsibilities in respect of the City's records so that we'll be in a position to discuss the request in a timely fashion. In the interim, if you've any authorities that support one view or another, I'd be pleased to consider them for the purpose of giving an opinion to staff.

Regards

David J. Potts, City Solicitor,
The Corporation of the City of Oshawa

t (905) 436 3854
f (905) 436 5889
www.oshawa.ca

The information contained in this message is directed in confidence solely to the person(s) named above and may not be otherwise distributed, copied or disclosed. If you have received this message in error, please immediately delete all copies and notify the sender.

03/31/2009 13:03 4165863586

OMBUDSMAN ONTARIO

Attachment #6

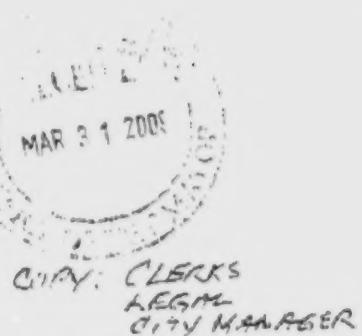
PAGE 02/02

O
Ombudsman
ONTARIO

André Marin
 OMBUDSMAN

March 31, 2009

His Worship Mayor John Gray
 The Corporation of the City of Oshawa
 50 Centre Street South
 Oshawa, ON
 L1H 3Z7



By fax and letter

Dear Mayor Gray:

I am writing to advise you of my intention to investigate the apparent failure of the Corporation of the City of Oshawa to abide by the conditions under which a copy of my Preliminary Report into the Development Services Committee Closed Education Session of May 22, 2008 was provided to you. This report was sent to you on February 2nd, 2009. Such conduct may constitute an offence under s 27 of the Ombudsman Act.

The investigation will be conducted by the Special Ombudsman Response Team. The lead investigator, Ciaran Buggle will be in contact with your office today to arrange interviews with yourself and other potential witnesses.

A letter requesting documents will be sent to you shortly.

Yours truly,

André Marin
 Ombudsman

